

Онищенко Г. В.

**ДОВІРЧІ  
ПРАВОВІДНОСИНИ  
З ІНОЗЕМНИМ  
ЕЛЕМЕНТОМ**

*Монографія*

Київ • Алерта • 2012

УДК 341.96:347.133.8](477)  
ББК 67.412.2+67.9(4Укр)404  
О-58

**Рецензенти:**

**Довгерт А. С.** – член-кореспондент Національної Академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Т. Шевченка

**Майданик Р. А.** – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права Київського національного університету імені Т. Шевченка

**Онищенко Г. В.**

О-58      Довірчі правовідносини з іноземним елементом. Монографія.. – К.: Алерта, 2012. – 268 с.

ISBN 978-617-566-119-2

Монографія присвячена комплексному дослідженню теоретичних та практичних питань, пов'язаних із довірчими правовідносинами з іноземним елементом. Значна увага приділена проблемам правової кваліфікації та визначенню права, що підлягає застосуванню до таких відносин.

На основі порівняльно-правового аналізу положень міжнародних актів, законодавства, судових прецедентів і судової практики країн англо-американської та загальної системи права автором розкрито поняття та проаналізовано правову природу довірчих правовідносин з іноземним елементом, у тому числі багатюрисдикційних, міжнародних та офшорних трастів, встановлено їхнє місце у системі міжнародного приватного права, а також сформульовано конкретні пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства України у цій сфері.

Книга розрахована на науковців, професійних управителів, адвокатів, суддів, працівників правоохоронних органів, викладачів, аспірантів та студентів юридичних та економічних спеціальностей.

УДК 341.96:347.133.8](477)  
ББК 67.412.2+67.9(4Укр)404

ISBN 978-617-566-119-2

© Г. В. Онищенко, 2012,  
© Видавництво «Алерта», 2012.

# ЗМІСТ

|             |   |
|-------------|---|
| ВСТУП ..... | 5 |
|-------------|---|

## ГЛАВА 1.

### ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

|                                                                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.1. Поняття та загальна характеристика<br>довірчих правовідносин .....                                       | 8  |
| 1.2. Поняття, особливості та класифікація<br>довірчих правовідносин з іноземним елементом.....                | 30 |
| 1.3. Елементи та підстави виникнення, зміни і припинення<br>довірчих правовідносин з іноземним елементом..... | 40 |
| 1.4. Форми існування довірчих правовідносин<br>з іноземним елементом .....                                    | 52 |

## ГЛАВА 2.

### ДЖЕРЕЛА ПРАВА, ЩО ЗАСТОСОВУЮТЬСЯ ДО РЕГУЛЮВАННЯ ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

|                                                                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.1. Міжнародні договори, що стосуються довірчих правовід-<br>носин з іноземним елементом.....                               | 64  |
| 2.2. Національний закон як джерело регулювання довірчих<br>правовідносин з іноземним елементом.....                          | 86  |
| 2.3. Значення судового прецеденту і судової практики для<br>регулювання довірчих правовідносин з іноземним елементом....     | 97  |
| 2.4. Роль звичаю, узвичаєності та заведеного порядку для регу-<br>лювання довірчих правовідносин з іноземним елементом ..... | 103 |
| 2.5. Загальні принципи права як джерело регулювання дові-<br>рчих правовідносин з іноземним елементом.....                   | 108 |

## ГЛАВА 3.

### ЗАСТОСУВАННЯ КОЛІЗІЙНИХ ТА МАТЕРІАЛЬНИХ НОРМ ПРИ ВИРІШЕННІ СПОРІВ, ЩО ВИНИКАЮТЬ З ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

|                                                                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення<br>права, що підлягає застосуванню до довірчих правовідносин<br>з іноземним елементом..... | 123 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                                                                          |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1.1. Статут довірчих правовідносин з іноземним елементом.....                                                                                          | 124 |
| 3.1.2. Автономія волі. Обмеження дії автономії волі .....                                                                                                | 128 |
| 3.1.3. Принцип найбільш тісного зв'язку довірчого правовідношення з правом певної країни .....                                                           | 136 |
| 3.1.4. Визначення права, що підлягає застосуванню до спеціальних питань довірчих правовідносин з іноземним елементом.....                                | 141 |
| 3.2. Застосування судом іноземного права при вирішенні спорів, що виникають з довірчих правовідносин з іноземним елементом .....                         | 156 |
| 3.2.1. Способи правової кваліфікації довірчих конструкцій.....                                                                                           | 156 |
| 3.2.2. Встановлення змісту іноземного права, що підлягає застосуванню до довірчих правовідносин з іноземним елементом .....                              | 170 |
| 3.2.3. Застосування іноземного права для регулювання довірчих відносин з іноземним елементом. Обмеження такого застосування .....                        | 182 |
| ВИСНОВКИ .....                                                                                                                                           | 201 |
| СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ .....                                                                                                                         | 208 |
| ДОДАТКИ.....                                                                                                                                             | 222 |
| Додаток 1. Конвенція про право, що застосовується до трастів, та про їх визнання від 01 липня 1985 року.....                                             | 222 |
| Додаток 2. Регламент № 44/2001 «Про юрисдикцію, визнання і примусове виконання судових рішень з цивільних та торгових справ» .....                       | 230 |
| Додаток 3. Брюссельська конвенція з питань підсудності та примусового виконання судових рішень з цивільних та торговельних справ 1968 року (витяг) ..... | 258 |
| Додаток 4. Конвенція Лугано про міжнародну підсудність та визнання і виконання рішень з цивільних і торговельних справ 1988 року (витяг).....            | 262 |

# ВСТУП

У зв'язку із розширенням інтеграційних та глобалізаційних процесів у світі, остронь яких Україна залишатися не може, виникає потреба в удосконаленні існуючих та створенні нових форм організації суспільних відносин. Як відомо, право завжди йде на крок позаду у порівнянні із суспільними відносинами, тому у різних країнах все частіше з'являються нові різновиди правовідносин, які ще не отримали достатнього нормативного регулювання.

Усвідомлюючи, що життя є багатогранним та неповторним, люди у різних країнах поступово приходять до думки, що неможливо та й непотрібно передбачати у договорах усі варіанти розвитку правовідносин між ними. Саме у зв'язку із цим одним із пріоритетних напрямків міжнародного права є розвиток вчення про правові принципи або так зване м'яке право. Поступово змінюється правосвідомість і праворозуміння людей – в основі відносин повинна стояти, перш за все, довіра. Саме довіра повинна виступати наріжним каменем будь-яких відносин у суспільстві. Наскільки б утопічно це не звучало, але право повинно лише виступати додатковим гарантом у тому випадку, коли довіра з певних причин була невинправдана. Можливо, саме цим і пояснюється надзвичайне поширення та популярність довірчих правовідносин, які останніми роками знаходять усе більше прихильників серед представників різних країн з різними правовими традиціями.

На даний момент у світі з метою ефективного управління власністю, професійного інвестування у цінні папери та податкового планування представники різних країн, зокрема й України, активно вступають у довірчі правовідносини, укладаючи різного роду договори довірчого управління майном та засновуючи міжнародні трасти. Останні використовуються у країнах переважно загального права уже досить давно. На міжнародних ринках зазначені інститути є добре відомими та вивченими, оскільки їм присвячено багато робіт як теоретичного, так і практичного спрямування.

Крім того, у багатьох країнах діють міжнародно-правові акти, повністю або частково присвячені правовому регулюванню трастів, учасниками яких є резиденти різних країн або до яких передане майно, що знаходиться за кордоном. Тому не дивно, що у таких країнах існує встановлена практика вирішення спорів, що виникають між

учасниками довірчих правовідносин з іноземним елементом. Це має велике значення з огляду на важливість ефективного правового захисту, беручи до уваги довірчий характер таких відносин та відсутність чіткого регулювання прав та обов'язків суб'єктів на рівні конкретних договорів.

Водночас ані законодавство України, ані законодавство більшості інших країн континентального права не містить детального регулювання такого роду відносин. Виникає ситуація, коли резиденти різних країн де-факто вступають у певні правовідносини, специфіка яких законодавчо є не визначеною та науково не достатньо дослідженою.

Протягом останніх кількох десятиків років вчені України та країн СНД, у першу чергу Росії, значну увагу приділяють проблемі довірчого управління майном, враховуючи дискусійний та неоднозначний характер інституту, уведеного у нові цивільні кодекси пострадянських держав. Однак у цих країнах відсутні комплексні наукові дослідження, присвячені специфіці правового регулювання міжнародних трансакцій та визначенню права, яке має застосовуватися до такого роду правовідносин.

Зважаючи на такий стан справ, виникає потреба визначити поняття та правову природу довірчих правовідносин з іноземним елементом, особливості їх суб'єктного та об'єктного складу, а також встановити їх місце у системі приватноправових відносин, які становлять предмет міжнародного приватного права. Останнє має принципове значення з огляду на специфіку колізійного регулювання такого роду правовідносин, а також проблеми, пов'язані із правовою кваліфікацією довірчих конструкцій при розгляді спорів, що виникають з довірчих правовідносин, ускладнених іноземним елементом. Наукове обґрунтування вирішення наведених проблем сприятиме подальшому поширенню застосування довірчих конструкцій в Україні, оскільки дозволить спростити процес визначення права, що підлягає застосуванню до довірчих правовідносин з іноземним елементом, їх правової кваліфікації та подальшого правозастосування.

У запропонованій читачеві монографії на основі вивчення та порівняльного аналізу значної кількості нормативних актів, судових прецедентів та судової практики країн континентального та загального права автором проведено комплексне дослідження правової природи та специфіки регулювання довірчих правовідносин з іноземним елементом, а також надані науково-теоретичні і практичні рекомендації.

дації щодо їх правової кваліфікації та визначення права, яке підлягає до їх застосування. Зазначені рекомендації можуть бути не лише використані при подальшому вивченні довірчих правовідносин з іноземним елементом, але й застосовані на практиці судами під час розгляду справ, що виникають з такого роду відносин.

Дана робота не претендує на всезагальність, оскільки автор усвідомлює, що багато положень монографії носять дискусійний характер, а частина висновків була зроблена, виходячи із практики, яка склалася на теренах інших держав. Окремі питання, висвітлені у монографії, потребують подальшого дослідження з огляду на поступове розширення сфери застосування довірчих правовідносин в Україні. Водночас автор висловлює надію, що дана монографія стане наступним кроком в сторону уніфікації праворозуміння та правозастосування в Україні та інших країнах.

# **ГЛАВА 1. ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ**

## **1.1. ПОНЯТТЯ ТА ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН**

**П**итання правової природи довірчих правовідносин протягом останніх кількох десятиріч активно розглядається вітчизняними та російськими науковцями. Але особливу увагу даній категорії правовідносин почали приділяти порівняно недавно – у зв'язку із запровадженням спочатку довірчої власності (пізніше – довірчого управління майном) у Російській Федерації, а потім і в Україні. Так, внаслідок запровадження власне довірчих конструкцій у право України та Росії науковці почали досліджувати особливості правовідносин, які, як виявилося, є не настільки новими для країн континентального права, як могло здатися на перший погляд. Довірчі елементи можна з легкістю віднайти у традиційних інститутах романо-германської системи права. Це стосується, наприклад, договору доручення, комісії, довічного утримання, агентських угод тощо.

Як очевидно випливає із самої назви, довірчі правовідносини ґрунтуються на певному ступені довіри. Саме довіра є основною та визначальною рисою даних правовідносин. При цьому, варто розуміти, що довіра може бути та взагалі буває різною. Доктор психологічних наук Т. П. Скрипкіна, яка протягом багатьох років вивчає поняття та сутність довіри як соціально-психологічного явища, зазначає, що «у кожному акті спілкування завжди присутній певний ступінь довіри, без якого нормальне спілкування взагалі неможливе, оскільки



у такому випадку воно перетворюється на транслявання змісту певного тексту та зрештою призводить до конфронтації»<sup>1</sup>. Як правило, особи, вступаючи у певні відносини, у тому числі і в правовідносини, мають більший чи менший ступінь довіри один до одного, що визначає специфіку побудови майбутніх стосунків між ними.

Феномен довіри є складним багатогранним явищем. Воно існує і як почуття, і як установка по відношенню до людей та різноманітних аспектів буття, і як особистісна характеристика, що має свою специфіку та закономірності проявів на різних вікових етапах. Довіра виявляється у взаємовідносинах між людьми, існує як соціальне явище, як атмосфера довіри у суспільстві, що впливає на поведінку людини та соціальних груп. Тому варто розрізняти поняття довіри у «побутовому» значенні цього слова та у власне юридичному.

Для української мови звичними та близькими є поняття «довіра», «довір'я», «довірительні стосунки» тощо. Якщо ж звернутися до словників, то поняття довіри (довір'я) буде визначено як відношення до дій іншої особи та її самої (співучасника у спільній справі, партнера за договором, керівника, друга), яке ґрунтується на впевненості в її правоті, вірності, добросовісності та чесності<sup>2</sup>, або як ставлення до кого-небудь, що виникає на основі віри в чийсь правоту, чесність, щирість тощо (довіряти – вірити кому-, чому-небудь, ділитися своїми почуттями, думками)<sup>3</sup>. Довіра до людей не означає сліпої віри, а передбачає взаємну відповідальність і перевіряється досвідом, практикою. Довіра може бути визначена також як «очікування, яке виникає у членів суспільства, того, що інші його члени будуть поводити себе більш чи менш передбачувано, чесно, з увагою до потреб оточуючих, у відповідності до загальних норм»<sup>4</sup>.

Про довіру можна говорити у випадках, які стосуються як фундаментальних цінностей, наприклад, розуміння Бога або справедливості, так і зовсім світських речей, таких, як професійні стандарти та корпоративні кодекси поведінки. Довіряючись лікареві, пацієнт роз-

<sup>1</sup> Скрипкина Т.П. Взаимодействие как основание межличностных взаимодействий // <http://www.voppsy.ru/journalsall/issues/1999/995/995021.htm>.

<sup>2</sup> Словарь по этике / Под ред. И.С. Кона. – М.: Политиздат, 1983. – С. 80–81; Ожегов С.И. Словарь русского языка. – М.: Рус. яз., 1984. – С. 151.

<sup>3</sup> Новий словник української мови. Т. 1 / Укл. Яременко В., Сліпушко О. – К.: Видавництво «Аконіт», 2006. – С. 570.

<sup>4</sup> Фукуяма Ф. Доверие: социальные добродетели и путь к процветанию. – М.: АСТ: АСТ МОСКВА: ХРАНИТЕЛЬ, 2006. – С. 52.

раховує на його вірність клятві Гіппократа та сподівається на те, що лікар навмисно не заподіє йому шкоди; звертаючись до юриста, клієнт довіряє йому конфіденційну інформацію, очікуючи, що останній не вчинить протиправних дій щодо її розголошення.

Тепер спробуємо проаналізувати поняття довіри як юридичної категорії, хоча, як зазначає Р. А. Майданик, «довіра як почуття впевненості є такою категорією, яка не піддається правовій оцінці й нормативному закріпленню»<sup>5</sup>. Як уже зазначалося, особи, вступаючи у певні правовідносини, виявляють певний ступінь довіри один до одного, але при цьому вони намагаються якомога більше захистити свої інтереси. У таких випадках йдеться про «звичайну» або «фактичну» довіру, яка не є ознакою довірчих правовідносин. Правовідносини за таких обставин можуть виникнути навіть за відсутності довіри до контрагента, якщо інтерес вступу у такі відносини перемагає недовіру до іншої сторони.

У той же час у фідуціарних відносинах довіра сприймається як юридично визнаний механізм та мається на увазі особливий надмірний ступінь довіри, без якої такі правовідносини не могли б виникнути та існувати. Така надлишкова або «фідуціарна» довіра притаманна далеко не всім правовідносинам і пов'язана з існуванням більшого або меншого ступеня ризику вступу в такі відносини. Як зазначає В. В. Горбунов, слово «довіра» передбачає наявність особливих відносин між контрагентами, оскільки... довірчі відносини ґрунтуються на ризикові»<sup>6</sup>. При чому ризик у такого роду правовідносинах полягає в тому, що одна сторона, довіряючись іншій, надає останній занадто великий обсяг повноважень для досягнення певної мети нерідко зі значним розривом у часі. Часто такі повноваження є не до кінця визначені, а обмежуються лише обов'язком діяти добросовісно, розумно, зважено, розсудливо та в інтересах визначених довірительом осіб або для досягнення певної мети. З цього і випливає потреба існування особливого довірливого ставлення довірителя до довіреної особи. Тому ряд дослідників, зокрема, З. Е. Боневоленська, Є. О. Суханов, Р. А. Майданик, І. В. Венедіктова та ін., наголошують, що «треба розрізняти фактичну довіру, яку сторони виявляють одна одній при

<sup>5</sup> Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин у цивільному праві. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2002. – С. 34.

<sup>6</sup> Горбунов В. В. Договор доверительного управления имуществом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2000. – С. 9.

укладенні угоди і яка не має правового значення, тому що належить до психологічних рішень людини щодо пошуку надійного ділового партнера з доброю репутацією, а також особисто-довірчий характер правовідносин, у яких одна особа веде справи іншої»<sup>7</sup>.

Для розмежування «фактичної» та «фидуціарної» довіри **«фактичну довіру»** пропонується визначати як **соціально-психологічне виключно суб'єктивне ставлення однієї особи до іншої, яке ґрунтується на впевненості в правоті, вірності, добросовісності та чесності останньої**. Така довіра притаманна будь-яким суспільним відносинам, у тому числі і переважній більшості правовідносин.

У той же час під **«фидуціарною» («особливою» або «надлишковою»)** довірою необхідно розуміти **такий ступінь довіри, коли одна особа може надати іншій особі повноваження на вчинення фактичних та юридичних дій без конкретизації їх змісту, за відсутності можливості повного контролю за їх реалізацією або за інших умов, коли така особа свідомо ставить себе у залежність від іншої особи**.

У подальшому в роботі під терміном «довіра» матиметься на увазі саме «фидуціарна» довіра як ознака фидуціарних правовідносин, а не «фактична» довіра, притаманна будь-яким правовідносинам.

Виходячи із визначення поняття довіри, необхідно сформулювати також поняття фидуціарних, довірчих та трастових правовідносин. Термін **«фидуціарний»** походить від латинського слова *fiducia* – «довіра» і буквально означає «той, що ґрунтується на довірі»<sup>8</sup>. Але, з іншого боку, таке саме етимологічне походження має і слово «траст» та власне «довіра» в українській мові.

На думку дослідників, фидуціарні відносини – це досить широке поняття, яке передбачає дії однієї особи в інтересах іншої<sup>9</sup>, це «відносини, у яких фидуціарій (довірена особа) має право на свій розсуд визначати способи виконання своїх зобов'язань перед принципалом (зокрема, відносини між агентом та принципалом, між довірчим власником та бенефіціарієм)»<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Венедіктова І. В. Договір довірчого управління майном в Україні. – Харків: Консум., 2004. – С. 27.

<sup>8</sup> Словник іншомовних слів / Укладач Л. О. Пустовіт та ін. – К.: Довіра, 2000. – С. 934.

<sup>9</sup> Беневоленская З. Э. Фидуциарные обязательства директора компании по английскому праву // Журнал российского права. – 2006. – № 4. – С. 128.

<sup>10</sup> Беневоленская З. Э. Вказана праця. – С. 128.

Наприклад, при розгляді справи *Chittich v. Maxwell* (1993 р.)<sup>11</sup> суддя зазначив, що «класичним визначенням поняття фідучіарія вважається визначення, надане в справі *United States Surgical Corp v. Hospital Products International Pty Ltd* (1983 р.), де фідучіарій визначається як особа, яка зобов'язалася турбуватися про інтереси іншої особи. Остання є особою, в інтересах якої існує фідучіарне зобов'язання, а відносини між цими особами і є фідучіарними правовідносинами».

У той же час у різних країнах у поняття фідучіарних, довірчих та трастових правовідносин вкладають різний зміст, у зв'язку з чим виникає необхідність дослідити співвідношення між вказаними поняттями.

Наприклад, у країнах загального права превалює думка, що поняття довірчих та фідучіарних правовідносин відрізняється, а тому їх не можна ототожнювати<sup>12</sup>. Фідучіарні та довірчі правовідносини поєднує наявність довіри, а також обов'язок діяти в інтересах бенефіціарія якнайкраще, тобто добросовісно, вірно та лояльно, уникаючи отримання нечесних переваг та заподіяння шкоди бенефіціарію. Однак на відміну від довірчих фідучіарні правовідносини не вимагають існування майнового інтересу, що дозволяє говорити про фідучіарні відносини у великій кількості ситуацій, хоча це ускладнює процес остаточного визначення даного поняття. Саме тому для розуміння поняття фідучіарних відносин важливе значення має судова практика англо-американських країн.

У справі *Hi-Ho Tower, Inc. v. Com-Tronics, Inc.* (2000 р.)<sup>13</sup> суд визначив фідучіарні відносини як відносини, «що містять унікальний рівень довіри та особистої довірливості між сторонами, одна з яких має переважаючі знання, вміння або компетентність та зобов'язана представляти інтереси іншої сторони».

В іншій справі *Estate of Hart v. James* (1999 р.)<sup>14</sup> Апеляційний суд штату Міссісіпі вказав, що «за наявності будь-якого відношення між людьми, з яких один займає становище, що дозволяє йому здійснювати переважний вплив на іншого в силу залежності останнього від першого, що виникає з розумової, фізичної слабкості або довіри, закон, не вагаючись, характеризує таке відношення як фідучіарне за своїм характером». Елементами фідучіарного правовідношення є особиста віра, довіра та впевненість, покладання одного на судження та поради іншого (*справа Borok v. Comerica Bank-Detroit* (1996 р.))<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Gillies P. Business law, Sydney, Federation Press, Edition: 12, 2004. – P. 294.

<sup>12</sup> Gillies P. Вказана праця. – P. 294; The Law of Trusts: A Contextual Approach / Editors Eitors Gillen M. R., Woodman F. et al., Edition: 2. Emond Montgomery Publication, 2008. – P. 841–842.

<sup>13</sup> Зуев А. Е. Фидуциарные правоотношения: Международная практика и российское право: Вопросы модальности в праве // Правоведение. – 2003. – № 2 (247). – С. 159, 167.

<sup>14</sup> Зуев А. Е. Вказана праця. – С. 160, 167.

<sup>15</sup> Зуев А. Е. Вказана праця. – С. 160, 167.

З наведеного можна зробити висновок, що у країнах загального права поняття фідучіарних правовідносин є поняттям ширшим за поняття довірчих правовідносин та включає у себе останнє. При цьому, для довірчого правовідношення характерне існування майнового інтересу, що виникає внаслідок передачі майна від однієї особи до іншої з метою управління ним в інтересах вигодонабувача.

Дещо інший підхід до співвідношення поняття довірчих та фідучіарних правовідносин можна зустріти у країнах континентального права. Зокрема, Н. Л. Дювернуа, Ю. С. Гамбаров, Л. Еннексерус та деякі інші дослідники визначають фідучіарність як особливу конструкцію, у відповідності до якої фідучіант передає фідучіарію повне право на майно, обмежуючи його поведінку стосовно панування над цим майном певними рамками у внутрішніх відносинах сторін, які не діють стосовно третіх осіб<sup>16</sup>, або як «здійснення фідучіарієм абсолютного права на майно з певною метою, при зв'язаності його поведінки стосовно майна деякими обмеженнями, встановленими договором»<sup>17</sup>. При фідучіарній угоді, на їхню думку, фідучіарій отримує повне правове панування над фідучіарним майном, внаслідок якого «розщеплення» права власності не виникає, що відрізняє фідучію від трасту<sup>18</sup>. Отже, прихильники такого підходу пов'язують фідучіарні правовідносини виключно із майновим інтересом, чого, як було зазначено вище, немає у країнах англо-американського права.

Існує також підхід, згідно з яким у поняття довірчих та фідучіарних правовідносин вкладається єдиний зміст. Під ними розуміють правовідносини, що виникають з приводу управління майном в інтересах інших осіб. Окрему групу складають трастові правовідносини як правовідносини, що виникають із довірчої власності (трасту) у країнах англо-американського права.

---

<sup>16</sup> Див., наприклад, Дювернуа Н. Л. Чтения по гражданскому праву. В 2-х т. Т. 2: Учение о вещах. Учение о юридической сделке. – М.: Зерцало, 2004. – С. 194–196; Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. – М.: Зерцало, 2003. – С. 748–749; Гражданское и торговое право капиталистических стран / Под ред. Генкина Д. М. – М.: Госюриздат, 1949. – С. 149, 207; Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Кн. 1. – М.: Изд-во ин. лит-ры, 1949. – С. 128–129; Зайцев О. Р. Доверительное управление имуществом // Актуальные проблемы гражданского права: сб. статей. Вып. 11 / Под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М.: Норма, 2007. – С. 389.

<sup>17</sup> Васильченко А. П. Понятие и признаки фидуциарных сделок // Актуальные проблемы гражданского права: сб. статей. Вып. 11 / Под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М.: Норма, 2007. – С. 308.

<sup>18</sup> Васильченко А. П. Вказана праця. – С. 309.

На нашу думку, усі цивільно-правові відносини можна поділити на дві групи залежно від наявності та ступеня довіри між суб'єктами цих відносин (див. таблицю 1):

**1. Цивільні правовідносини, для яких довіра не є визначальною ознакою.** Це більша частина існуючих правовідносин, які виникають між суб'єктами у процесі реалізації їх прав та виконання обов'язків. Як правило, між суб'єктами таких правовідносин існує фактична довіра, проте загалом довіра не є обов'язковою умовою їх виникнення та існування.

**2. Цивільні правовідносини, які мають чітко виражений фідучіарний характер або фідучіарні правовідносини,** тобто **правовідносини, які виникають за наявності особливої довіри між суб'єктами та передбачають обов'язок однієї особи діяти добросовісно, зважено, чесно та розумно в інтересах іншої особи.** До таких правовідносин традиційно належать: траст, договір доручення, комісії, агентські договори, довірче управління майном, а також відносини між адвокатом та клієнтом, лікарем та пацієнтом тощо. Дану категорію відносин можна також розділити на:

*А. довірчі правовідносини в юридичному значенні чи власне довірчі відносини*, до яких належить траст (довірча власність), довірче управління майном, а також інші пара-трастові конструкції, тобто їхні аналоги, які існують у тій чи іншій країні (голландський інститут *Bewind*, німецький *Ermaechtigungs- i Vollmachtstreuhand*, іспанський *Fiducia Cum Amico* тощо). На нашу думку, для віднесення тих чи інших відносин до довірчих не обов'язкове включення слова «фідучіарний» (або його аналога, що існує у тій чи іншій мові) до терміна, яким названо відповідну довірчу конструкцію<sup>19</sup>. Цілком достатньо, щоб підвищений ступінь довіри був за законодавством відповідної держави характерною ознакою таких відносин.

Слід наголосити, що «фідучіарна» довіра не обов'язково існує між всіма суб'єктами таких правовідносин. Достатньо, щоб довіритель виявляв «особливу» довіру до довірчого власника/управителя для передачі останньому майна та надмірного обсягу повноважень з управління цим майном. У той же час довірчий власник/управитель, вступаючи у довірчі правовідносини, може виявляти лише «фактичну» довіру, яка присутня у будь-яких правовідносинах. Що ж до бенефіціарія, то він ззагалі може не довіряти ані довірчителю, ані довірчому

<sup>19</sup> Необхідно мати на увазі, що довірче управління як різновид довірчих правовідносин слід відрізняти від «просто» управління, яке до останніх не відноситься. Детальніше про співвідношення поняття «управління» та «довірчого управління» див.: Чалый И. Доверительное управление средствами в системе финансирования строительства. – Харьков: Фактор, 2007. – С. 22–23.

власнику/управителю, зважаючи на ту пасивну роль, яку вигодонабувач виконує у довірчих правовідносинах у переважній більшості випадків. Отже, у довірчих правовідносинах юридичне значення має виключно «фідуціарна» довіра власника майна (довірителя, установника) до довірчого власника/управителя.

Дану підкатегорію довірчих правовідносин можна також розподілити на відносини, пов'язані із передачею майна у власність та в управління.

*Б. правовідносини, які, хоча і мають фідуціарний характер, не є власне довірчими*, тобто відносини, які виникають у тих випадках, «коли одна особа на засадах особливої довіри веде справи іншої і може без достатніх підстав неправомірно збагатитися за її рахунок»<sup>20</sup>. До них належать відносини, які виникають між банками та їх клієнтами щодо відкриття та обслуговування рахунків, між адвокатом та клієнтом, лікарем та пацієнтом тощо.

Основна відмінність між вказаними підгрупами полягає в тому, що власне довірчі відносини виникають виключно з приводу управління майном незалежно від правового титулу, яким наділений довірчий власник або управитель. Так, Р. А. Майданик під поняттям довірчих відносин як правової категорії розуміє «різновид цивільно-правових майнових відносин, що передбачають передачу власником свого майна у володіння або на праві власності довірчій особі під умовою зустрічного майнового надання шляхом виконання певних дій і повернення майна власнику (правочином) або визначеним особам»<sup>21</sup>. У таких відносинах, – продовжує далі науковець, – «довірена особа наділяється повноваженнями на передане майно, надмірними для досягнення економічного ефекту, передбаченого правочином чи іншою підставою виникнення фідуціарних правовідносин»<sup>22</sup>.

Таким чином, ***довірчі правовідносини*** можна визначити як ***правовідносини, які ґрунтуються на особливій довірі власника майна (довірителя) до довірчого власника/управителя, що виникають при передачі майна довірцем у власність або в управління довірчому власнику/управителю з метою управління цим майном в інтересах вказаної власником особи (бенефіціарія або вигодонабувача) або для досягнення певної мети.***

---

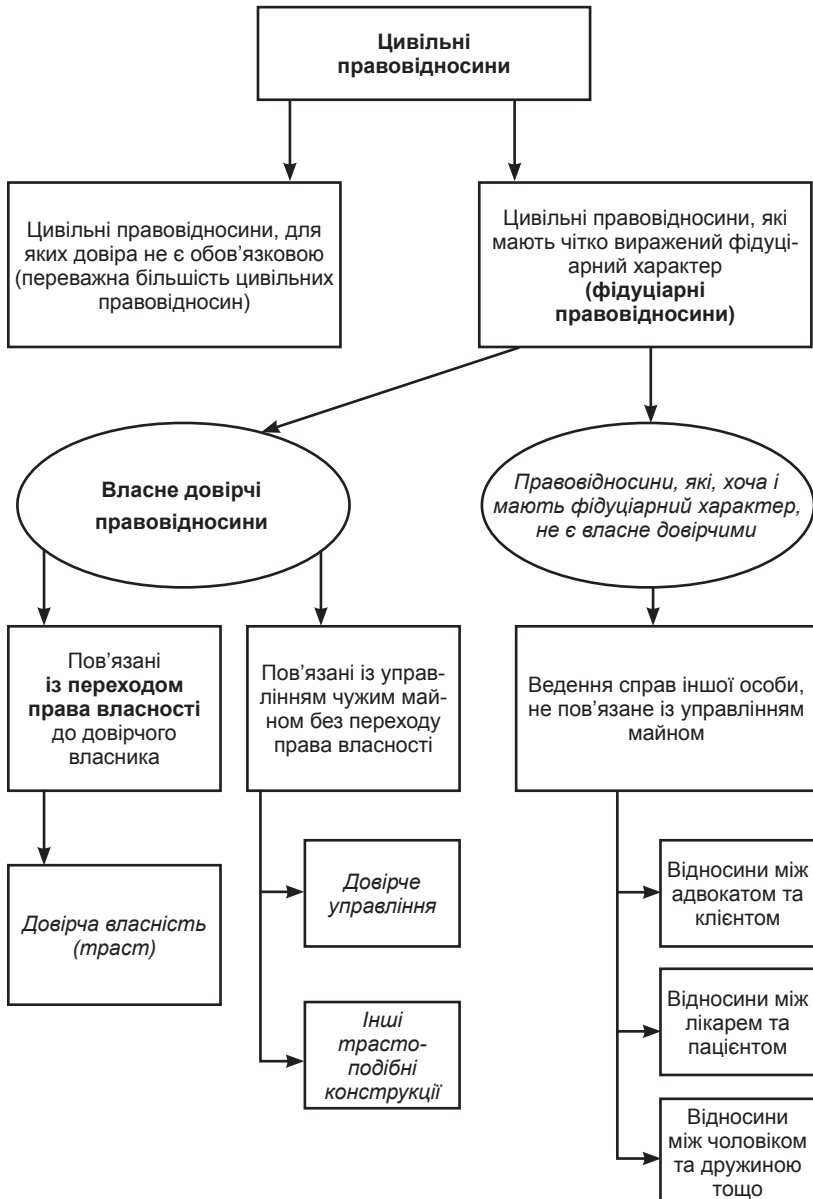
<sup>20</sup> Майданик Р. А. Довірчі відносини в системі цивільного права України // Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. – 2002. – № 45. – С. 43.

<sup>21</sup> Майданик Р. А. Вказана праця. – С. 38.

<sup>22</sup> Майданик Р. А. Поняття довірчих правовідносин (цивільно-правова характеристика) // Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. – 2002. – № 46. – С. 119.



Таблиця 1





Довірчі правовідносини можуть реалізовуватися у різних довірчих конструкціях, під якими розумітиметься *траст (довірча власність), довірче управління майном, а також їхні аналоги (пара-трастові або трастоподібні конструкції), що існують у законодавстві різних країн.*

Через неоднозначність підходів до розуміння вищенаведених юридичних понять у даній роботі наступні терміни вживатимуться у такому значенні (якщо інше не буде прямо зазначено).

Траст або довірча власність (*trust, fiduciary ownership*) – *це довірчі правовідносини, що виникають між власником (довірителем, установником) та довірчим власником (трасті) внаслідок передачі майна останньому у власність для досягнення певної мети та/або для управління ним в інтересах наперед визначених осіб (вигодонабувачів, бенефіціаріїв) на засадах добросовісності, розумності, чесності та розсудливості.* Характерною ознакою трасту є «розщеплення» права власності на майно між довірчим власником (вважається повноцінним власником відповідно до загального права) та вигодонабувачем (є власником згідно з правом справедливості). При передачі майна установник трасту втрачає право власності на майно, якщо інше прямо не передбачено документом про створення трасту.

Конструкція трасту також використовується з метою юридичного відособлення майна, тобто з тією ж метою, для досягнення якої у країнах романо-германської системи права традиційно використовується інститут юридичної особи. Це відбувалося тоді, коли з метою ведення бізнесу підприємці почали утворювати некорпоративні об'єднання шляхом поєднання трасту та партнерства<sup>23</sup>.

Отже, траст іноді розуміють як *сурогат інкорпорації*<sup>24</sup>, *не наділений правами юридичної особи, створений шляхом відокремлення та передачі власником (власниками) майна іншій особі, як правило, юридичній, для управління ним з метою досягнення певних цілей (наприклад, благодійних).*

У країнах континентального права частіше застосовується конструкція довірчого управління майном. На нашу думку, довірче управління – *це довірчі правовідносини, що виникають між влас-*

<sup>23</sup> Жданов А. А. Возникновение и развитие доверительной собственности в Англии и США: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб.: Санкт-Петербургский ун-т, 2003. – С. 11, 20.

<sup>24</sup> Майданик Р. А. Траст: собственность и управление капиталами (природа прав, рецепция в право Украины). – К.: Наук. думка, 1995. – С. 93.

*ником (довірителем, установником) та довірчим управителем, як правило, на підставі договору довірчого управління майном, внаслідок передачі майна останньому в управління для досягнення певної мети та/або для управління ним в інтересах наперед визначених осіб (вигодонабувачів, бенефіціаріїв)*<sup>25</sup>.

Слід зазначити, що у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України), Законі України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року (далі – Закон України «Про МПП»), Законі України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 року, Законі України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19 червня 2003 року та ін. використовуються поняття «управління» та «договір управління» майном. Проте непоодинокі випадки, коли у чинному законодавстві України паралельно застосовуються також поняття «довірче управління» та «договір довірчого управління» майном (Податковий кодекс України, Закон України «Про проведення експерименту у житловому будівництві на базі холдингової компанії «Київміськбуд»» від 20 квітня 2000 року, Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 року та ін.).

Аналіз нормативно-правових актів, які оперують зазначеними поняттями, свідчить про відсутність різниці між ними. Як у поняття довірчого управління майном, так і у поняття управління майном законодавець вкладає єдиний зміст та розуміє під ними правовідносини, що виникають при передачі майна іншій особі в управління або довірчу власність. При цьому, підставою для виникнення таких відносин є договір управління майном (або довірчого управління майном).

На нашу думку, використання законодавцем різних термінів для позначення єдиних за своєю суттю понять є неприпустимим, оскільки може призвести до неправильного розуміння та застосування конструкції управління майном. З цих підстав вважаємо за доцільне запровадити єдиний термін для позначення досліджуваного поняття – «довірче управління майном» та «договір довірчого управління майном».

У зв'язку із цим доцільно замінити терміни «управління» та «договір управління» майном у всіх відмінках і числах на терміни «дові-

---

<sup>25</sup> Це визначення повною мірою стосується інституту управління майном, яке існує у праві України. Однак, враховуючи, що в інших країнах переважно йдеться про довірче управління майном, у даній роботі частіше застосовуватиметься поняття саме «довірче управління майном».

рче управління» та «договір довірчого управління» майном. Такі зміни варто внести у ЦК України та інші нормативні акти, де застосовуються терміни «управління» та «договір управління» майном.

Вказівка у законодавстві на довірчий характер відносин управління майном сприятиме кращому розумінню їх правової природи. Крім того, саме термін «довірче управління» існував у проекті ЦК України та застосовується нині у законодавстві інших країн, зокрема Російської Федерації, Республіки Білорусь, Казахстані, Вірменії та ін.

Як зазначає П. Дж. Лаулін, «кожна країна має свої унікальні різновиди таких інститутів..., але жоден з них не функціонує точно так, як траст»<sup>26</sup>, тому у даній роботі поряд із поняттями трасту та довірчого управління майном застосовуватиметься також поняття *пара-трастових (трастоподібних) конструкцій*, під яким розумітимуться *інститути права різних країн континентального права, які ґрунтуються на засадах особливої довіри та разом чи окремо дозволяють досягнути тих же цілей, що і траст у країнах загального права*.

Прикладом такої пара-трастової конструкції, на нашу думку, може слугувати і *довірча власність в Україні як різновид цільової власності, яка виникає у довірчого власника внаслідок передачі йому майна з певною метою, зокрема, для управління ним в інтересах наперед визначених осіб (самого установника або вигодонабувачів)*<sup>27</sup>. Як наголошує Р. А. Майданик, ознаками довірчої власності, уведеної до законодавства України, є те, що<sup>28</sup>:

1) довірчий власник є єдиним власником переданого майна (це той критерій, за яким така довірча власність відрізняється від англо-американського трасту). Більше того, за словами Г. Г. Харченка, «перехід титулу власника від установника до самого довірчого власника є характерною рисою всього інституту»<sup>29</sup>;

<sup>26</sup> Loughlin P.J. The Domestification Of The Trust: Bridging The Gap Between Common And Civil Law // <http://www.jurisconsultsgroup.com/trusts.htm>.

<sup>27</sup> На даний момент у доктрині відсутнє загальновизнане визначення поняття довірчої власності. Науковцями були висловлені думки, що довірча власність є різновидом цільової власності (Р. А. Майданик), усеченим варіантом права власності (Г. Г. Харченко), формою власності (В. Мозолин, В. Жидков, Ю. Кулагин), зобов'язанням (Э. Дженкс), особливою формою правовідносин (Мозли, Уатлей), майном (П. Леполь) тощо.

<sup>28</sup> Майданик Р. А. Институт доверительной собственности в праве Украины: состояние и перспективы // Альманах цивилистики. – К.: Всеукраинская ассоциация издателей «Правова єдність», 2008. – С. 203–204.

<sup>29</sup> Харченко Г. Г. Поняття довірчої власності в системі відносин власності // Право України. – 2005. – № 8. – С. 35.

2) довірчий власник має право, обтяжене фидуціарним обов'язком, здійснювати речово-правовий титул у чужому інтересі;

3) довірча власність здійснюється з визначеною установником метою в інтересах третьої особи – вигодонабувача. Отже, інститут довірчої власності, що існує в Україні, є принципово відмінним від інституту англо-американської довірчої власності, хоча на засадах особливої довіри дозволяє досягнути тих же цілей, що і траст<sup>30</sup>.

Поняття «довірча власність» було уведено у цивільне законодавство України в 2003 р., проте ще й досі його легальне визначення відсутнє. Законодавець обмежився лише вказівкою у ч. 2 ст. 316 ЦК України на те, що особливим видом права власності є право довірчої власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління майном. Утім, таке визначення є неповним, не відображає правової природи довірчої власності, не містить роз'яснення, у чому полягають особливості такого «виду права власності», що, безумовно, негативно впливає на використання конструкції довірчої власності на практиці.

Через це, на нашу думку, доцільним є внесення змін до ч. 2 ст. 316 ЦК України та викладення її у наступній редакції: *«Особливим видом права власності є право довірчої власності, яке набувається на підставі закону або договору управління майном. Право довірчої власності обтяжено обов'язком довірчого власника, встановленим законом та/або договором управління майном, здійснювати повноваження власника виключно в інтересах іншої особи (вигодонабувача) та/або для досягнення певної мети»*.

Крім того, варто також внести зміни до гл. 70 ЦК України («Управління майном») у частині визначення правових наслідків передачі майна в управління та у довірчу власність. Відповідно до чинної редакції ч. 5 ст. 1033 ЦК України «Управитель, якщо це визначено договором про управління майном, є довірчим власником цього майна, яким він володіє, користується і розпоряджається відповідно до закону та договору управління майном. Договір про управління майном не тягне за собою переходу права власності до управителя на майно, передане в управління». Через невдале формулювання ст. 1033 ЦК України, за словами Р. А. Майданика, «створюється уявлення, що оби-

---

<sup>30</sup> У даній роботі під поняттям довірчої власності найчастіше розумітиметься саме траст, а не довірча власність, що існує в Україні, якщо інше прямо не буде вказано з метою уникнення неоднозначного розуміння юридичної термінології.

два речення цього нормативного положення суперечать, взаємно виключають одне одного»<sup>31</sup>.

На нашу думку, доцільно перенести речення 2 ч. 5 ст. 1033 ЦК України «Договір про управління майном не тягне за собою переходу права власності до управителя на майно, передане в управління» до ч. 1 ст. 1029 ЦК України («Договір управління майном») після визначення поняття договору управління майном. Такий виклад норми буде логічним та однозначно свідчитиме, що за загальним правилом згідно з договором управління довіритель залишається єдиним законним власником майна.

Водночас ч. 2 ст. 1029 ЦК України пропонуємо викласти таким чином: *«Договором управління майна може бути передбачено, що отримане в управління майно переходить до управителя (довірчого власника) у довірчу власність. Передача майна у довірчу власність є підставою для припинення права власності установника управління на передане майно»*. Чітка вказівка у законодавстві на перехід права власності від довірителя до довірчого власника необхідна для запобігання трактування інституту довірчої власності в Україні як аналога трасту, що передбачає «розщеплення» права власності між суб'єктами трасту та є абсолютно неприйнятним для вітчизняної системи права.

**Особливостями довірчих правовідносин є:**

**1. Наявність «фидуціарної» довіри між суб'єктами довірчих правовідносин.**

Як слушно вказує Р. А. Майданик, наслідком існування надмірної довіри є неможливість, а іноді й недоцільність «повного врегулювання всіх цих відносин у договірному порядку або шляхом нормативного закріплення певних правил поведінки їх учасників»<sup>32</sup>, що у літературі отримало назву дискретності повноважень. Саме тому права та обов'язки суб'єктів довірчих правовідносин часто формулюються за допомогою так званих «каучукових» понять. Найяскравішим прикладом цього може бути встановлення обов'язку довірчого власника/управителя діяти добросовісно, чесно, справедливо, розумно та розсудливо без конкретизації безпосередніх обов'язків останнього.

<sup>31</sup> Майданик Р. А. Институт доверительной собственности в праве Украины: состояние и перспективы // Альманах цивилистики. – К.: Всеукраинская ассоциация издателей «Правова єдність», 2008. – С. 207.

<sup>32</sup> Майданик Р. А. Поняття довірчих правовідносин (цивільно-правова характеристика) // Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. – 2002. – № 46. – С. 117.

## **2. Специфічний суб'єктний склад.**

Для довірчих правовідносин характерний тричленний суб'єктний склад, а саме:

а) довіритель, тобто власник майна або належним чином уповноважена ним особа, не обмежений у праві на розпорядження цим майном;

б) довірчий власник або довірчий управитель (залежно від правового титулу, на підставі якого передається майно) – особа, якій передане майно, обтяжене певним обов'язком (управляти ним в інтересах визначеної особи);

в) вигодонабувач (бенефіціарій) – особа, в інтересах якої здійснюється управління майном.

При цьому можливі три варіанти, коли:

1) усі вищеназвані суб'єкти є різними особами (найбільш поширений «класичний» випадок: передача власником майна управителю для управління цим майном в інтересах третьої особи);

2) установник (довіритель) та вигодонабувач співпадають в одній особі, що має місце тоді, коли довіритель при заснуванні трасту або укладення договору довірчого управління визначає себе єдиним бенефіціарієм, тобто управління переданим майном відбувається в інтересах довірителя;

3) установник (довіритель) співпадає в одній особі із довірчим власником (управителем). У такому випадку при заснуванні довірчої власності довіритель назавжди втрачає право власності на передане майно та самостійно покладає на себе обов'язки з управління цим майном в інтересах визначеної ним особи. У випадку довірчого управління довіритель втрачає права на майно лише на час дії договору довірчого управління, тобто на час існування договірних зобов'язань.

Поєднання ж довірчого власника/управителя та бенефіціарія забороняється, оскільки у такому випадку буде порушено загальний принцип, покладений в основу довірчих правовідносин, – заборона довірчому власнику управляти переданим майном на свою користь та/або отримувати вигоди від такого управління. За таких обставин втрачатиметься вся суть довірчих правовідносин як відносин з управління чужим майном та дії у чужому інтересі.

У літературі була висловлена думка, що вигодонабувач є факультативним учасником відносин довірчого управління, оскільки «його участь не обов'язкова для конструювання таких відносин»<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Зайцев О. Р. Доверительное управление имуществом // Актуальные проблемы гражданского права: сб. статей. Вып. 11 / Под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М.: Норма, 2007. – С. 352.

На нашу думку, такий підхід є не зовсім вірним, оскільки сама суть довірчих правовідносин полягає у вчиненні дій на користь іншої особи – вигодонабувача. Навіть якщо установник та бенефіціарій співпадають в одній особі, все одно управління відбувається в інтересах останнього (єдиний виняток, коли довірчі правовідносини можуть існувати за відсутності вигодонабувача, це тоді, коли управління здійснюється для досягнення певної мети, наприклад, для захисту природи). Вказаний висновок не суперечить положенням ч. 1 ст. 1034 ЦК України, відповідно до якої «вигоди від майна, переданого в управління, належать установнику управління», а лише свідчить, що в Україні за загальним правилом установник виконує роль вигодонабувача. Якщо установник бажає, щоб вигоди отримувала інша особа, він може зазначити про це у договорі на підставі ч. 2 ст. 1034 ЦК України. Отже, і в першому, і в другому випадку вигодонабувач буде суб'єктом довірчих правовідносин.

### ***3. Розділення повноважень щодо переданого майна між різними особами при передачі майна.***

У трасті має місце так зване «розщеплення» права власності: між довірчим власником, який вважається власником згідно з загальним правом, та вигодонабувачем, який є власником майна відповідно до права справедливості. В Україні за договором довірчого управління до управителя переходить частина повноважень власника майна, тоді як право власності на передане майно до управителя не переходить, що впливає з положень ст. 1029 ЦК України, а також підтверджується висновками, викладеними у рішеннях Вищого господарського суду України.

*У Постанові Вищого Господарського суду України від 20.03.2007 р. № 22/356–06–10794, залишеною без змін Постановою Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 26 червня 2007 року, вказано, що «договір управління майном не передбачає виникнення права власності у довірчого управителя, оскільки власник передає не свої правомочності, а можливість їх реалізації»<sup>34</sup>.*

Принагідно зазначимо, що у відносинах довірчої власності, уведеної у цивільне законодавство України, «розщеплення» права власності не відбувається, що робить можливим застосування такої конструкції в Україні. До моменту прийняття ЦК України правова природа договору управління майном була досить спірною, тому суди по-різному визначали вид зобов'язання, що виникало з такого договору.

---

<sup>34</sup> Постанова Вищого Господарського суду України від 20.03.2007 р. № 22/356–06–10794 // Система інформаційно-правового забезпечення «ЛІГА: ЗАКОН». – К., 2009.



Наприклад, у *Постанові судової колегії по перегляду рішень, ухвал, постанов Вищого арбітражного суду України від 11.04.2001 р.* зазначено, що «за своєю правовою природою договір довірчого управління є цивільно-правовою угодою, яка не передбачає перехід права власності на векселі від довірителя до повіреного; тому, на думку судової колегії, Банк здійснював комісійну діяльність купівлі-продажу цінних паперів». У цій же справі у *Постанові Вищого господарського суду України від 20.11.2001 р.* зроблено інший висновок про те, що «між Товариством та Банком укладено угоду купівлі-продажу векселів». Враховуючи такий стан справи, *Верховний Суд України Постановою від 18.03.2002 р.* при розгляді зазначеної справи скасував обидва судові рішення Вищого господарського суду України та передав справу на новий розгляд, вказавши на необхідність визначення спірних правовідносин<sup>35</sup>.

#### **4. Обов'язок особистого виконання своїх зобов'язань довірчим власником/управителем.**

Це зрозуміло, оскільки йдеться про довірливе ставлення до конкретної особи, тому дуже важливо, щоб саме вона була безпосереднім виконавцем зобов'язання. У країнах англо-американської системи права із часів зародження інституту трасту звичайною була передача майна у довірчу власність одній особі та її спадкоємцям для управління в інтересах іншої особи та її спадкоємців. Таким чином, навіть після смерті довірчого власника майно залишалося у наперед визначених довірених осіб. Також у разі вибуття з певних причин одного з кількох довірчих власників його не замінюють, а його права та обов'язки розподіляють між тими трасті, що залишилися.

Проте обов'язок особистого виконання довірчим власником/управителем своїх обов'язків не позбавляє останнього права залучати до управління майном кваліфікованих спеціалістів, наприклад, аудиторів, брокерів, соліситорів тощо. За таких умов він не нестиме відповідальність за їхні дії. Для притягнення довірчого власника/управителя до відповідальності у разі заподіяння збитків вищеназваними особами бенефіціанту доведеться довести, що довірчий власник/управитель вчинив нерозумно та нерозсудливо, наїнявши цих осіб<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Див.: Постанова Верховного Суду України від 18.03.2002 р. // Система інформаційно-правового забезпечення «ЛІГА: ЗАКОН». – К., 2009.

<sup>36</sup> Фунтикова Н. В. Доверительное управление по российскому законодательству и доверительная собственность по англо-американскому праву: Дис. ... канд. юрид. наук. – М.: Ин-т зак-ва и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2004. – С. 86.



### **5. Специфіка об'єкта та предмета довірчих правовідносин.**

Об'єктом довірчих правовідносин є майно, як рухоме, так і нерухоме: майнові комплекси, у тому числі і підприємства<sup>37</sup>, земельні ділянки, цінні папери, майнові права тощо, які передаються довірчому власнику/управителю у власність або в управління. Наведений підхід до визначення об'єкта довірчих правовідносин є найбільш поширеним. У той же час З.Е. Беневоленська вказує, що об'єкт довірчого управління – потрійний: матеріальний (майно, гроші, цінні папери), юридичний (управління як підприємницька діяльність) та вольовий (інтерес в отриманні прибутків, доходу, які власник планує отримати)<sup>38</sup>.

Майно, яке може бути об'єктом довірчих правовідносин, повинно мати здатність до ідентифікації, тобто бути індивідуально визначеним, та не має бути виключеним із майнового обороту або обмеженим у майновому обороті. Законом можуть також встановлюватися заборони або обмеження щодо передачі у довірчу власність або управління окремих видів майна, які за загальним правилом не виключені із майнового обороту. Наприклад, цивільне законодавство України, Російської Федерації, Білорусії та Вірменії містить обмеження щодо передачі у довірче управління грошових коштів<sup>39</sup>. У ч. 3 ст. 1013 ЦК Російської Федерації та ч. 3 ст. 896 ЦК Білорусії також міститься пряма заборона передачі у довірче управління майна, що перебуває у господарському віданні чи оперативному управлінні.

Об'єктом довірчих відносин не можуть бути права, що ґрунтуються на особистому інтересі, такі як: невідчужувані права батьків дитини або права подружжя, а також знання та навички особи, зобов'язання, що виникають з деліктів, пенсія та інші права, що нерозривно пов'язані із особистістю власника, а також неіснуючі на момент виникнення довірчих відносин речі або права (наприклад, надія або розрахунок отримати великий спадок у майбутньому)<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Окрім підприємств до майнових комплексів окремі дослідники відносять також і пайові інвестиційні фонди, які можуть виступати об'єктом договору довірчого управління майном. Див.: Зайцев О.Р. Договор доверительного управления паевым инвестиционным фондом. – М.: Статут, 2006. – С. 160–165.

<sup>38</sup> Беневоленская З. Э. Доверительное управление имуществом в сфере предпринимательства. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 128–129.

<sup>39</sup> Згідно з законодавством України гроші є об'єктом управління в договорах за участі фондів фінансування будівництва. Див.: Панова Л.В. Цивільно-правове регулювання фінансово-кредитних механізмів та управління майном при будівництві житла // Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики. – Х.-К., 2004. – С. 440; Чалый И. Вказана праця. – С. 62–65.

<sup>40</sup> Фунтикова Н.В. Вказана праця. – С. 86.

*Предметом* довірчих правовідносин завжди виступають фактичні та юридичні дії довірчого власника/управителя з управління переданим майном в інтересах визначених осіб або для досягнення певної мети. За своєю юридичною природою довірчі правовідносини становлять дії у чужому інтересі, які, за словами І. В. Венедіктової, «не повинні суперечити закону і бути об'єктивно можливими за договором»<sup>41</sup>.

Слід підкреслити, що управління є діяльністю, яка «відрізняється від дії (одиничний, фактичний акт), від правочину (правомірна, вольова, юридично значима дія), від операції (цільове об'єднання) фактичний дій та юридичних правочинів. Діяльність – цільове систематичне об'єднання дій, правочинів та операцій»<sup>42</sup>. У цивільному (комерційному праві) З. Е. Беневоленська визначає поняття управління як «систематичну професійну діяльність, направлену на об'єкт цивільних прав, яка здійснюється способами та з метою, що не суперечить закону та іншим нормативним актам»<sup>43</sup>.

#### **6. Своєрідність підстав виникнення довірчих правовідносин.**

Довірчі правовідносини можуть виникати як із *правомірних дій* (одностороннє волевиявлення установника трасту, договір, рішення органу опіки та піклування, рішення суду), так і з *неправомірних дій* (наприклад, із безпідставного збагачення). Необхідно наголосити, що підстави виникнення відносин трасту та довірчого управління у різних країнах відрізняються. Підставою виникнення останнього переважно є договір, у той час, як підставою виникнення трасту найчастіше є документ про створення трасту, рідше – рішення суду. Більше того, у літературі неодноразово наголошувалося на відмінностях довірчих відносин від договірних<sup>44</sup>. Проте було б справедливо відмітити, що у зв'язку із розширенням сфери дії трасту підставою виникнення останнього все частіше виступає саме договір.

Особливістю виникнення довірчих правовідносин в Україні є те, що з договору управління майном залежно від його змісту можуть виникати як відносини довірчого управління, так і довірча власність (ст. 1029 ЦК України). При цьому, умовою переходу права довірчої власності на майно від власника до управителя є виключно відповідність договору управління майном вимогам чинного законодавства України.

<sup>41</sup> Венедіктова І. В. Договір управління майном в Україні. Лекція у 2-х ч. – Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2004. – С. 30.

<sup>42</sup> Беневоленская З. Э. Вказана праця. – С. 30.

<sup>43</sup> Беневоленская З. Э. Вказана праця. – С. 30.

<sup>44</sup> Нарышкина Р. Л. Доверительная собственность в гражданском праве Англии и США. – М.: УДН, 1965. – С. 19–20.

У Постанові Вищого Господарського суду України від 13.09.2005 р. у справі № 8/26 (відмовлено у порушенні провадження з перегляду ухвалою Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 13 жовтня 2005 року) зазначено, що «за результатами аналізу умов договору суд дійшов висновків про те, що його текст містить визначені ст. 1035 ЦК України необхідні умови, а також засвідчує виникнення в управителя права довірчої власності на отримане в управління майно (пункт 2.1 договору)... За таких обставин колегія суддів вважає, що у господарського суду були правові підстави для задоволення позову як в частині визнання договору дійсним, так і в частині виникнення в управителя права довірчої власності на отримане в управління майно»<sup>45</sup>.

### **7. Речово-зобов'язальний характер.**

Питання віднесення довірчих правовідносин до речових чи зобов'язальних є одним із найбільш дискусійних. На цю тему написано багато робіт, проте до єдиної точки зору вчені так і не дійшли. На нашу думку, дану проблему слід розглядати окремо стосовно трасту та довірчого управління майном.

Як відомо, у країнах загального права відсутній поділ прав на речові та зобов'язальні (правовідносин – на загальні та відносні), а відтак аналіз трасту за вказаними критеріями буде штучною спробою втиснути іноземний інститут у рамки відомих нам конструкцій та наукових доктрин. Більше того, враховуючи той факт, що для трасту притаманне розщеплення права власності, говорити, наприклад, про речові права довірчого власника або бенефіціарія на майно взагалі видається недоцільним, оскільки кожен з них має лише частку прав (повноважень), що можуть належати власнику. З іншого боку, ця «частка прав» не може вважатися і обмеженим речовим правом (термін, узятий із доктрини країн цивільного права), оскільки права довірчого власника та бенефіціарія на майно не стільки обмежені, скільки різні<sup>46</sup>.

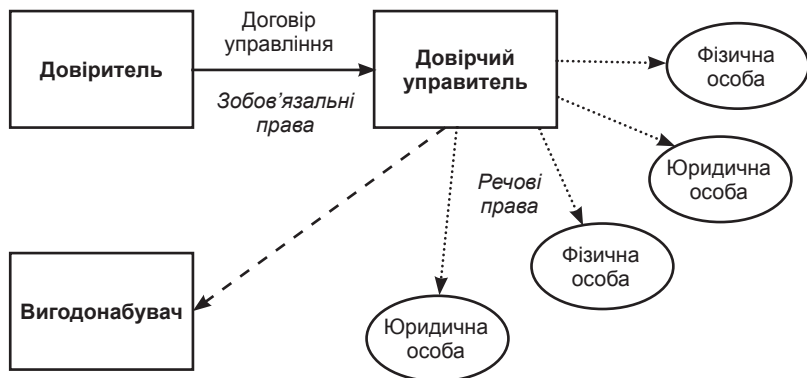
<sup>45</sup> Постанова Вищого Господарського суду України 13.09.2005 р. у справі № 8/26 // Система інформаційно-правового забезпечення «ЛІГА: ЗАКОН». – К., 2009.

<sup>46</sup> Класичний перелік повноважень власника у країнах загального права був свого часу наведений А. Оноре. Він стверджує, що власник має одинадцять правомочностей, а саме: 1) право володіння, тобто виключно фізичного контролю над річчю; 2) право користування; 3) право управління, тобто прийняття рішення, яким чином і ким річ може бути використана; 4) право на дохід, тобто на блага, що є результатом особистого користування річчю і дозволу іншим особам користуватися нею; 5) право на відчуження, споживання, марнотратство, зміну та знищення речі; 6) право на безпеку, тобто імунітет від експропріації; 7) право передавати річ; 8) відсутність строку або безстроковість власності; 9) заборона шкідливого використання, тобто обов'язок запобігати використанню речі шкідливим для інших способом; 10) відповідальність у вигляді стягнення, тобто можливість відібрання речі в сплату боргу; 11) існування правил, що регулюють відновлення порушених прав власності.. Див., наприклад, Ефимова Л. Г. Понятие и правовая природа доверительных (трастовых) операций коммерческих банков // Государство и право. – 1995. – № 4. – С. 61; Харченко Г. Г. Довірча власність у діяльності трастових компаній та довірчих товариств. – Одеса: Астропринт, 2006. – С. 10.

У той же час дискусія щодо правової природи довірчого управління у країнах континентального права, особливо тих, що входили до колишнього Союзу, не вщухає. Так, частина дослідників вважає, що відносини, які виникають із довірчого управління, мають обмежений речовий характер, другі – зобов’язальний, треті – зобов’язальний характер з речово-правовими елементами.

Ми підтримуємо позицію тих дослідників (зокрема, Р. А. Майданіка, І. С. Ковелева, Н. В. Фунтікової та ін.), які вважають, що правовідносини довірчого управління мають дуалістичну складну природу (див. табл. 2).

Таблиця 2



Так, «внутрішні» відносини між установником та довірчим управителем, а також між довірчим управителем та вигодонабувачем є зобов’язальними, оскільки вони виникають між наперед визначеними суб’єктами на підставі договору, який і визначає їхні взаємні права та обов’язки, як правило, на певний строк. При цьому, предметом такого договору є вчинення дій щодо переданого майна на користь вигодонабувача, а не саме майно. У випадку порушення умов договору його сторони мають право використовувати способи захисту відносин, а не абсолютних прав. Той факт, що за певних умов довірчому управителю може бути передана вся тріада правомочностей власника (володіння, користування, розпорядження), на нашу думку, не робить такі правовідносини речовими, оскільки юридично єдиним власником майна залишається установник. Навіть у тому випадку, коли довірчий управитель згідно з умовами договору управління відчужить

майно на користь інших осіб, вважатиметься, що така дія відповідала волі та інтересам установника, оскільки саме він наділив довірчого управителя правом розпоряджатися переданим майном.

Зовсім інша ситуація складається стосовно «зовнішніх» правовідносин довірчого управителя (довірчого власника) та усіх третіх осіб. На нашу думку, такі правовідносини мають речово-правовий характер, оскільки перед третіми особами довірчий управитель діє як власник переданого майна (хоча, згідно з положеннями ЦК, він і повинен зазначати, що діє в якості управителя). Довірчий управитель має абсолютне право на передане майно, якому кореспондує обов'язок усіх третіх осіб (серед яких – установник та вигодонабувач – у частині, що не стосується договору управління майном) утримуватися від порушень прав управителя. У разі порушення прав довірчого управителя на майно він може використовувати способи захисту абсолютних прав, у тому числі вимагати повернення з безпідставного володіння, відшкодування збитків, завданих майну, тощо.

Отже, у відносинах з довірцем та вигодонабувачем довірчий управитель виступає носієм зобов'язальних (відносних) прав на передане майно, а у відносинах із третіми особами – носієм речових (абсолютних) прав, тому відносини довірчого управління майном мають речово-зобов'язальний характер.

Окремі автори називають ще таку ознаку довірчих відносин, як *можливість односторонньої відмови від договору внаслідок втрати довіри*<sup>47</sup>. З такою позицією важко погодитися, оскільки дане питання слід окремо розглядати відповідно до законодавства країн англо-американської та континентальної системи права. Так, у країнах загального права при виникненні довірчої власності попередній власник завжди втрачає будь-які права на передане майно (якщо в документі про створення трасту не вказано інше), тому він не може відмовитися від зобов'язання, навіть якщо втратить довіру до довірчого власника. Якщо ж говорити про країни континентального права, то можливість односторонньої відмови від договору незалежно від причин за умови виплати управителеві плати передбачена відповідними положеннями цивільних кодексів (ч. 7 ст. 1044 ЦК України, ч. 3 ст. 891 ЦК Казахстану, ч. 5 ст. 966 ЦК Вірменії).

---

<sup>47</sup> Михеева Л. Ю. Доверительное управление имуществом в гражданском праве России: дис. ... канд. Юрид. наук. – Томск: Томский гос. ун-т, 1998. – С. 89.

## **1.2. ПОНЯТТЯ, ОСОБЛИВОСТІ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ**

**Р**озширення міжнародних зв'язків між представниками різних країн неминуче призводить до запозичення та обміну здобутками окремих держав у галузі права. Конструкція трасту уже давно вийшла за межі країн англо-американської правової сім'ї та активно застосовується у країнах континентальної та змішаної системи права у дещо модифікованому вигляді. Окрім цього траст або його аналоги, які виконують схожі функції (трастоподібні або пара-трастові конструкції), протягом останніх десятиліть все частіше використовуються на міжнародній арені. Багато трастів на сьогодні значною мірою пов'язані із правопорядками понад однієї країни. Установник довірчої власності може бути резидентом однієї країни, коли він створює траст, але пізніше він може переїхати на постійне місце проживання до іншої країни. Така сама ситуація може відбутися і з довірчим власником майна, який також може змінити своє місцеперебування або навіть бути заміненим на іншого управителя, який є резидентом іншої держави. Майно, передане у довірчу власність або управління, може знаходитися в іншій державі, ніж проживає установник тощо. При цьому, за час існування трасту місцезнаходження кожного із вищеназваних елементів трасту може неодноразово змінюватися. Нікого вже не здивуєш кіпрським трастом, заснованим громадянином Франції на користь резидентів Російської Федерації, Гонконгу та Австралії, до якого передані цінні папери американської корпорації. Іншим прикладом може бути передача англійцем у довірчу власність своїх маєтків, що знаходяться за кордоном, з метою управління ними на користь визначеного кола осіб. Ні для кого також не секрет, що акції значної частини великих українських підприємств належать невеликим кіпрським траст-компаніям, які, користуючись послугами номінальних директорів, реалізують права власників на користь українських громадян, які є «справжніми» власниками акцій.

І таких прикладів можна навести багато. У їх основі лежать довірчі правовідносини між власником майна та довірчим власником/управителем. У наведених ситуаціях правовідносини виходять за межі однієї

країни та підпорядковуються кільком правопорядкам, що викликає потребу, перш за все, визначення належного права, а потім уже віднайдення в ньому безпосередньої норми права, яка регулюватиме права та обов'язки суб'єктів таких правовідносин. Цей процес є досить складним, зважаючи на той факт, що у терміни і поняття, пов'язані із довірчими правовідносинами, різні країни вкладають різний зміст, що викликає необхідність їх правової кваліфікації для вирішення конкретного спору, який виникає з таких відносин.

У даній роботі довірчі правовідносини, які підпорядковуються різним правопорядкам та підпадають під дію міжнародного приватного права, визначатимуться як довірчі правовідносини з іноземним елементом, але до того, як перейти до їх безпосереднього дослідження, необхідно уточнити зміст **поняття «іноземний елемент»**. На перший погляд, питання не є проблемним, оскільки як у зарубіжній, у тому числі й англо-американській, так і в радянській доктрині уже звиклися із цим поняттям. Як правило, про наявність іноземного елементу йдеться тоді, коли: 1) хоча б один із учасників правовідносин є іноземцем, 2) об'єкт правовідносин знаходиться на території іноземної держави, 3) юридичний факт, який впливає на виникнення, зміну або припинення правовідносин, мав чи має місце на території іноземної держави.

Поняттям іноземного елементу оперували такі класики міжнародного приватного права, як: М. І. Брун, В. М. Корецький, Л. А. Лунц, а серед сучасних вчених – М. М. Богуславський, С. Н. Лебедев, О. Л. Маковський, О. Н. Садіков, В. В. Кудашкін та ряд інших, але тим не менше сутність та місце іноземного елементу у структурі правовідношення залишається не до кінця визначеним. Слід зазначити, що ряд дослідників відносить іноземний елемент до структури правовідношення, вважаючи, що предметом міжнародного приватного права є майнові та особисті немайнові відносини цивільно-правового характеру, які включають іноземний елемент, що може виступати в одній із наступних форм: об'єкт таких правовідносин знаходиться на території іншої держави, суб'єкти таких правовідносин мають різну державну приналежність та юридичний факт, що є підставою виникнення, зміни або припинення таких правовідносин, мав місце на території іноземної держави.

Г. К. Дмитрієва стверджує, що «приватноправові відносини набувають міжнародного характеру, коли в їх складі з'являється так званий



іноземний елемент»<sup>48</sup>. Л. А. Лунц також вважає, що «наявність іноземного елементу у цивільно-правовому відношенні може виразитися або в тому, що суб'єктом такого відношення є іноземний громадянин або іноземна юридична особа, або в тому, що об'єктом відношення є річ, що знаходиться за кордоном, або в тому, що юридичні факти, з якими пов'язане виникнення, зміна або припинення правовідносин, мають місце за кордоном»<sup>49</sup>.

Відповідно до загальноприйнятої доктрини цивільного права елементами правовідношення є суб'єкт, об'єкт і зміст, тобто права та обов'язки суб'єктів правовідношення<sup>50</sup>. Однак, коли йдеться про відносини, що підпадають під дію міжнародного приватного права, з невідомих причин починають вести мову про появу нового елементу – іноземного елементу – у структурі такого правовідношення, хоча, як наголошує В. В. Кудашкін, «необхідно розрізняти елементи цивільно-правового відношення з іноземним елементом та іноземний елемент у такому правовідношенні»<sup>51</sup>.

На цю невідповідність у свій час вказував А. А. Рубанов, який наголошував на тому, що елементами правовідносин є суб'єкт (учасник), а не його громадянство, об'єктом виступає річ, а не місце її знаходження, і, нарешті, для юридичного факту як такого, що виник на території вітчизняної або зарубіжної держави, взагалі немає місця у структурі правовідносин. На його думку, іноземний елемент – не елемент правовідносин, точніше було б говорити про іноземні характеристики відношення, які об'єднуються у дві групи відповідно до двох структурних елементів суспільного правовідношення – учасників та діяльності<sup>52</sup>. Серед сучасних дослідників на це звертали

<sup>48</sup> Международное частное право. 2-е изд./Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – С. 11.

<sup>49</sup> Лунц Л. А. Курс международного частного права: в 3-х т. – М.: Спарк, 2002. – С. 26–27.

<sup>50</sup> Варто відмітити, що доктриною цивільного права однозначно не вирішено питання щодо віднесення об'єкта правовідношення до елементів структури останнього. Зокрема, Р. О. Халфіна вважає об'єкт чимось «зовнішнім» відносно структури правовідношення, а Ю. К. Толстой наголошує, що «визначаючи об'єкт як те, на що спрямоване правовідношення, ми тим самим виключаємо його з числа елементів правовідношення, оскільки останнє не може бути спрямовано саме на себе». Див.: Халфіна Р. О. Общее учение о правоотношении. – М.: Юр. лит., 1974. – С. 211–212, 214; Толстой Ю. К. К теории правоотношения. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1959. – С. 67.

<sup>51</sup> Кудашкин В. В. Теоретические аспекты института иностранного элемента в правовом отношении // Государство и право. – 2007. – № 9. – С. 18.

<sup>52</sup> Рубанов А. А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. – М.: Наука, 1984. – С. 91–93.



увагу також Л.П. Ануфрієва<sup>53</sup> та Н.Ю. Єрпілева. Остання вважає, що «іноземний елемент (або характеристика) слугує сигналом до виведення конкретного правовідношення зі сфери регулювання одного правопорядку та до виникнення колізійної ситуації, коли кілька правопорядків претендують на роль правового регулятора. Разом з тим іноземний елемент не є окремим структурним елементом суспільного відношення<sup>54</sup>». Також слушними є висновки В.В. Кудашкіна, який, аналізуючи специфіку та сутність іноземного елементу як правового явища, зазначає, що «з точки зору теорії права існування іноземного елементу в цивільно-правовому відношенні говорить не про наявність у цьому правовідношенні нового елементу, а вказує на його конкретну специфічну характеристику – зв'язок елементів такого правовідношення (суб'єкта, об'єкта, їх прав та обов'язків) з правовими системами різних держав»<sup>55</sup>.

Слід погодитися із вищевказаною позицією та відмітити, що некоректно говорити про *іноземний елемент* як про елемент структури правовідношення. На нашу думку, це є *зовнішньою характеристикою цивільного правовідношення (або точніше – елементу структури правовідношення)*, яка вказує на те, що воно пов'язано із кількома правопорядками. Ця зовнішня характеристика може однаково стосуватися будь-якого елементу правовідношення – суб'єкта та об'єкта.

З приводу юридичних фактів, то, як відомо, вони визначаються як «такі обставини, з наявністю або відсутністю яких норма права пов'язує виникнення, зміну та припинення правовідносин»<sup>56</sup>. Загальновизнано, що вони не входять до структури правовідношення, будучи при цьому так званою «проміжною ланкою між правовою нормою і цивільними правовідносинами»<sup>57</sup>. Юридичні факти хоча і не включаються до структури правовідношення, але на практиці можуть характеризуватися наявністю іноземного елементу. Більше того, як зазначав польський проф. К. Пшибиловський, «категорія юридичного факту, що має місце за кордоном..., повинна за необхідністю відігра-

<sup>53</sup> Ануфрієва Л.П. Международное частное право: В 3-х т. Т. 1. – М.: Изд-во БЕК, 2002. – С. 60.

<sup>54</sup> Ерпілева Н.Ю. Международное частное право. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 9.

<sup>55</sup> Кудашкин В.В. Вказана праця. – С. 17.

<sup>56</sup> Толстой Ю.К. К теории правоотношения. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1959. – С. 13.

<sup>57</sup> Цивільне право України: Підручник. У 2-х т. Кн.1 / За ред. Дзери О.В., Кузнєцової Н.С. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – С. 161.

вати роль резерву, призначеного охопити все, що не можуть вмістити дві інші названі категорії»<sup>58</sup>.

Варто також наголосити на існуванні трьох термінів, які використовуються як тотожні та взаємозамінні: 1) правовідносини з іноземним елементом, 2) правовідносини, ускладнені іноземним елементом, та 3) правовідносини, що характеризуються наявністю іноземного елемента.

На наш погляд, вислів «правовідношення, ускладнене іноземним елементом» є досить умовним. Правовідношення само по собі є складним утворенням, але яке має сталу структуру. Незалежно від усіх можливих комбінацій у структурі правовідношення існують лише три елементи – суб’єкт, об’єкт і зміст, відповідно, «ускладнитися» ще більше воно не може. Тому, на наш погляд, юридично коректніше говорити про те, що конкретне правовідношення (а ще точніше – елемент структури правовідношення) *характеризується наявністю іноземного елемента або є з іноземним елементом*. Але надалі для уникнення перенавантаження повторами використовуватимуться усі три наведені поняття як тотожні.

Окресливши поняття іноземного елемента, перейдемо до дослідження та аналізу поняття довірчих правовідносин, ускладнених іноземним елементом. Нині в Україні чи не єдиним визначенням поняття **довірчих відносин з іноземним елементом** залишається визначення, запропоноване Р. А. Майдаником – це «засновані на особливій довірі відносини по здійсненню довіреною особою майнових прав у чужому інтересі або у власному інтересі на користь третіх осіб (тобто у залежному інтересі), які виникають між суб’єктами права різних держав, тобто виходять за межі юрисдикції однієї країни, норми яких адресовані приватним особам, фізичним або юридичним»<sup>59</sup>. Загалом, дане визначення правильно характеризує досліджуване поняття, проте такі відносини можуть виникати і між резидентами однієї країни, наприклад, у випадку, коли об’єкт управління знаходиться за кордоном.

З метою визначення поняття довірчих правовідносин з іноземним елементом необхідно проаналізувати положення Закону України «Про МПП» з позиції довірчих правовідносин. Відповідно до ч. 2 ст. 1 вказаного Закону іноземний елемент – це ознака, яка характеризує

<sup>58</sup> Див.: Луц Л. А. Вказана праця. – С. 27.

<sup>59</sup> Майданик Р. А. Поняття та механізм довірчих правовідносин з іноземним елементом// Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 2. – С. 223.

приватноправові відносини, що регулюються цим Законом, та виявляється в одній або кількох з таких форм:

- **суб'єктний склад** – хоча б один **учасник** правовідносин (установник, довірена особа або бенефіціарій) є громадянином України, який проживає за межами України, іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою. Для віднесення довірчого правовідношення до правовідношення, ускладненого іноземним елементом, достатньо, щоб хоча б один з його суб'єктів був нерезидентом<sup>60</sup>. Але можлива ситуація, коли кожен з трьох учасників підпадає під юрисдикцію різних країн, у такому випадку «змагатимуться» правові системи трьох і більше держав;

- **об'єктний склад** – **об'єкт** правовідносин (об'єкт довірчої власності чи довірчого управління) знаходиться на території іноземної держави (наприклад, власник передає у довірчу власність майно, що знаходиться за кордоном, для управління ним в інтересах бенефіціарія);

- **юридичний факт**, який створює, змінює або припиняє довірчі правовідносини, мав чи має місце на території іноземної держави. Наприклад, укладення, зміна чи припинення договору довірчого управління майном, складення документа про створення трасту тощо мало місце за кордоном.

Отже, про довірчі правовідносини з іноземним елементом може йтися тоді, коли один або кілька суб'єктів таких відносин є нерези-

---

<sup>60</sup> У даній роботі під поняттям «нерезидент» будуть розумітися: а) фізичні особи (громадяни певної держави, іноземні громадяни, особи без громадянства), які мають постійне місце проживання за межами відповідної держави, в тому числі ті, що тимчасово перебувають на її території; б) юридичні особи, суб'єкти підприємницької діяльності, що не мають статусу юридичної особи (філії, представництва тощо), з місцезнаходженням за межами відповідної держави, які створені й діють відповідно до законодавства іноземної держави. Для уникнення повторів у тексті роботи поряд із поняттям «нерезидент» можуть також застосовуватися поняття «іноземець» та «іноземна юридична особа» як його аналоги. У разі виникнення необхідності розмежувати ці поняття, про це буде вказано додатково.

Під поняттям «резидент» будуть розумітися: а) фізичні особи (громадяни певної держави, іноземні громадяни, особи без громадянства), які мають постійне місце проживання на території відповідної держави, у тому числі ті, що тимчасово перебувають за кордоном; б) юридичні особи, суб'єкти підприємницької діяльності, що не мають статусу юридичної особи (філії, представництва тощо), з місцезнаходженням на території певної держави, які здійснюють свою діяльність на підставі законів відповідної держави.

Слід також зазначити, що поняття «резидент України» і «нерезидент України» у даній роботі відповідають визначенню, наведеному у ст. 1 Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19 лютого 1993 року № 15–93 // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 17 (27.04.93). – Ст. 184.

дентами та/або майно, передане в управління, знаходиться за кордоном, чи хоча б один із юридичних фактів, який створює, змінює або припиняє такі правовідносини, мав чи має місце на території іноземної держави.

Зрозуміло, що довірчі правовідносини з іноземним елементом є різновидом власне довірчих відносин, тому для них притаманні всі ознаки та характерні риси останніх (довірчий характер, дія у чужому інтересі, розділення повноважень щодо майна між різними особами, тричленний (за певних обставин – двочленний) суб'єктний склад тощо). При цьому, *специфічною рисою довірчих правовідносин з іноземним елементом* є їх *транскордонний* або *міжнародний* характер, оскільки вони виходять за межі однієї держави та пов'язані з порядками кількох (двох і більше) держав, що колідують між собою за право регулювати такі відносини.

Довірчі відносини з іноземним елементом є майновими відносинами, які складаються між невладними суб'єктами (фізичними та юридичними особами) з приводу управління майном, що свідчить про їх *приватноправовий* характер. Залежно від різновиду довірчих відносин це можуть бути або відносини власності, або зобов'язальні відносини, що виникають на підставі договору довірчого управління майном. Також варто наголосити, що довірчі відносини з іноземним елементом частково перетинаються зі спадковими відносинами, коли, наприклад, довірча власність виникає на підставі спадкового трасту або заповіту.

Отже, довірчі відносини з іноземним елементом мають міжнародний (транскордонний) та приватноправовий характер, що дає підстави для віднесення їх до предмета міжнародного приватного права. Щоправда, у доктрині існують два основні підходи до визначення предмета міжнародного приватного права – широкий та вузький підхід. Прихильники *вузького* підходу відносять до предмета міжнародного приватного права лише цивільно-правові відносини у власному значенні цього слова. Для підтвердження своєї позиції вони зазначають, що «наявність цивільно-правових категорій, цивільно-правових інструментів у будь-якій галузі права у жодному випадку не робить ці галузі цивільно-правовими»<sup>61</sup>. Представники ж *широкого* підходу

---

<sup>61</sup> Див.: Храбсков В. Г. О концепции гражданско-правового характера отношений в международном частном праве и некоторых дискуссионных вопросах хозяйственного права//Государство и право. – 1997. – № 12. – С. 89; Ерпылева Н. Ю. Вказана праця. – С. 13.

відносять до предмета регулювання міжнародного приватного права окрім власне цивільно-правових відносин ще й інститути інших галузей права, які мають приватний характер, – сімейного, спадкового, трудового<sup>62</sup>.

Довірчі правовідносини перетинаються зі спадковими та сімейними відносинами, тому з точки зору вузького підходу вони мають становити предмет міжнародного приватного, міжнародного сімейного та міжнародного спадкового права, але такий «розрив» призведе до необґрунтованого розпорошення норм, спрямованих на регулювання однорідних по своїй суті відносин. Якщо визнавати такий підхід, то тоді можна говорити про те, що довірчі відносини з іноземним елементом становлять комплексний інститут міжнародного права, що є перебільшенням, оскільки вони практично повністю охоплюються інститутами права власності та зобов'язального права.

На нашу думку, довірчі правовідносини з іноземним елементом становлять частину предмета міжнародного приватного права, для якого основним завданням є вибір компетентного правопорядку на основі колізійних норм. Лише після вибору права суд може вирішити спір, що виник з довірчих правовідносин з іноземним елементом, по суті (див. табл.3).

Виходячи із вищевикладеного та враховуючи ознаки довірчих правовідносин з іноземним елементом, останні можна визначити як *приватноправові відносини, що ґрунтуються на особливій довірі власника майна (довірителя) до довірчого власника/управителя та пов'язані із передачею майна однією особою іншій в управління або у власність, для управління ним в інтересах третьої особи або для досягнення певної мети, що характеризуються наявністю іноземного елементу, який вказує на зв'язок суб'єктів, та/або об'єктів таких правовідносин, та/або юридичних фактів, які є підставою їх виникнення, зміни та припинення, із правопорядками кількох країн*.

Слід також зупинитися на класифікації довірчих правовідносин з іноземним елементом. Як відомо, поняття класифікації походить від латинських слів *classicus* «розряд» та *facere* «робити» і означає розподіл предметів, явищ та понять за класами, видами, розрядами у залежності від їх загальних ознак.

<sup>62</sup> Див. Луц Л. А. Вказана праця. – С. 21; Международное частное право. 2-е изд. / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – С. 10–12.



Довірчі відносини з іноземним елементом є різноманітними та можуть бути класифіковані за різними підставами:

I. Залежно від правового титулу на майно, що передається установником довірчому власнику або управителю, довірчі відносини з іноземним елементом можуть бути розділені на дві великі групи: 1) ті, що передбачають перехід права власності на передане майно (класичний англо-американський траст, суб'єктами якого є резиденти різних країн або траст-фонд якого знаходиться за кордоном) та 2) ті, що не передбачають переходу права власності на майно (воно передається виключно

в управління, наприклад, на підставі договору довірчого управління або його аналогів, що існують у ряді країн континентальної системи права, за участю фізичних або юридичних осіб різних країн).

Саме цей поділ довірчих відносин з іноземним елементом має чи не найбільше практичне значення, оскільки дозволяє відмежовувати з першого погляду схожі, проте відмінні за своєю правовою природою правовідносини.

II. *Залежно від того елементу структури довірчого правовідношення, який через іноземний елемент пов'язує його із правопорядком кількох держав:* 1) суб'єкта (один із учасників довірчих відносин є нерезидентом); 2) об'єкта (майно, передане у траст або в управління перебуває на території іншої держави); 3) юридичного факту та 4) кількох або всіх вказаних вище елементів. По суті, це є легальна класифікація, визнана як вітчизняними, так і зарубіжними законодавством та практикою. Юридичне значення класифікації за вказаною ознакою полягає в тому, що поділ довірчих відносин на такі групи полегшує процес визначення права, яке підлягає застосуванню до спірних правовідносин.

III. *Залежно від підстав виникнення, зміни та припинення довірчі відносини з іноземним елементом* поділяються на ті, що виникають, змінюються та припиняються на підставі: 1) правомірних дій (договір довірчого управління, документ про створення трасту, рішення органу опіки та піклування тощо) та 2) неправомірних дій (класичний приклад – конструктивний траст у країнах загального права).

За вказаним критерієм та з урахуванням волевиявлення суб'єктів довірчих правовідносин, перш за все довірителя, останні можуть бути розподілені на ті, що виникають, змінюються та припиняються: 1) за наявності прямо вираженої волі довірителя (переважна більшість довірчих правовідносин з іноземним елементом); 2) за наявності передбачуваної волі довірителя (передбачуваний траст (*implied trust*)); 3) за відсутності прямо вираженої або передбачуваної волі довірителя (конструктивний траст).

Отже, поділ довірчих правовідносин з іноземним елементом на ті чи інші групи дещо спрощує процес їх колізійного регулювання та встановлення компетентного правопорядку. Звичайно, наведені підстави для класифікації не є вичерпними та можуть бути доповнені новими підставами у залежності від інших ознак довірчих правовідносин. Проте у кожному випадку необхідно розуміти практичну доцільність та раціональність того чи іншого поділу.

### **1.3. ЕЛЕМЕНТИ ТА ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ, ЗМІНИ І ПРИПИНЕННЯ ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ**

**Я**к уже наголошувалося, іноземний елемент не входить до структури правовідношення, у тому числі і довірчого. Це є його зовнішня характеристика. Якщо ж говорити про, так би мовити, внутрішню структуру довірчого правовідношення, ускладненого іноземним елементом, то до неї входять суб'єкт та об'єкт. Що ж до змісту, то на нашу думку, права та обов'язки не можуть «ускладнюватися іноземним елементом» та є невіддільними від суб'єкта.

Таким чином, спробуємо охарактеризувати особливості суб'єктного та об'єктного складу довірчого правовідношення з іноземним елементом.

Як відомо, суб'єктами довірчих правовідносин є довіритель (установник), довірчий власник/управитель та вигодонабувач (бенефіціарій). Для того, щоб довірче правовідношення було визнано ускладненим іноземним елементом, достатньо, щоб хоча б один із суб'єктів таких правовідносин був нерезидентом, тобто підпадав під юрисдикцію іншої країни. Розглянемо тепер особливості суб'єктного складу довірчого правовідношення з іноземним елементом.

***Довіритель (установник, settlor) – власник майна або інша особа у випадках, прямо передбачених законом, яка передає майно у власність або в управління іншій особі для управління ним в інтересах визначених осіб або для досягнення певної мети.*** У довірчих правовідносинах довіритель відіграє роль «пускового механізму», оскільки саме він ідентифікує, яке майно передається в управління, вирішує, хто буде довірчим власником/управителем, визначає його обсяг прав та обов'язків, встановлює коло вигодонабувачів або мету трасту чи, відповідно, довірчого управління.

Історично склалося так, що довірителями виступають переважно *фізичні особи*, які в силу тих чи інших життєвих обставин передають в управління або довірчу власність своє майно. Виходячи із загальних положень міжнародного приватного права, такі особи повинні мати цивільну правосуб'єктність відповідно до законодавства тієї країни, резидентами якої вони є, тобто відповідно до їхнього особистого за-



кону (*lex personalis*). Це є загальновизнаною колізійною прив'язкою при визначенні правового статусу особи, її прав та обов'язків.

Звичайно, при перевірці прав довірителя на відчуження майна необхідно враховувати спеціальні положення, які стосуються саме довірчих відносин. Так, наприклад, право відчужувати нерухоме майно особа набуває лише після набуття нею повної дієздатності відповідно до її особистого закону, але право передавати майно у довірчу власність за законодавством окремих країн мають також і неповнолітні, які невдовзі мають досягти повноліття. З іншого боку, відповідно до норм загального права у деяких американських штатах заміжні жінки та іноземці наділені обмеженою цивільною дієздатністю, а відтак вони обмежені у праві виступати в якості довірителя<sup>63</sup>. Ще одним цікавим винятком є положення про те, що за англійським правом особа, засуджена за зраду або фелонію, позбавляється права засновувати довірчу власність до повного погашення судимості<sup>64</sup>.

Отже, у випадку виникнення суперечки при визначенні правового статусу довірителя суду слід враховувати не лише загальні норми законодавства країни громадянства або проживання особи, але і спеціальні норми, що стосуються саме довірчих відносин.

Звичайно, довірителями також можуть виступати і *юридичні особи*, які повинні мати особистий статут, що визнається за кордоном та має екстериторіальну дію. Наразі ми не аналізуватимемо усі існуючі підходи до визначення закону національності юридичної особи (*lex societatis*), але зазначимо лише, що вона повинна мати право на володіння, користування та розпорядження майном відповідно до законодавства, що визначає її правовий статус.

Варто також зупинитися на тому, чи може *держава* виступати установником у довірчих відносинах з іноземним елементом, чи ні. На це питання не можна дати однозначної відповіді, оскільки, з одного боку, прямої заборони як такої немає, до того ж держава як суб'єкт цивільного права має праводієздатність, яку вона реалізує через систему своїх органів<sup>65</sup>. З іншого боку, об'єктами державної власності є майно, яке забезпечує її існування, цілісність і безпеку, тобто найважливіші об'єкти, які мають загальнодержавне значення. За таких обставин постає питання про доцільність та ефективність передачі частини

---

<sup>63</sup> Фунтикова Н. В. – Вказана праця. – С. 81.

<sup>64</sup> Фунтикова Н. В. – Вказана праця. – С. 81.

<sup>65</sup> Цивільне право України: Вказана праця. – С. 128–129.

такого майна в довірче управління, а тим більше у довірчу власність, іноземній особі.

Те ж саме можна сказати і про *муніципальні утворення*, які в окремих країнах можуть бути довірцями та передавати майно у довірче управління або довірчу власність. Наприклад, за англійським законодавством протягом тривалого часу муніципальні корпорації могли виступати установниками трастів, однак на даний момент муніципальні установи розглядаються як довірчі власники належного їм майна в інтересах усієї громади, а відтак вони не можуть виступати довірцями.

Також у деяких випадках довірцями можуть виступати органи *опіки та піклування*, на які у ряді країн континентальної системи права, у тому числі Російської Федерації, Білорусії, Азербайджані тощо, покладено обов'язок укладення договорів довірчого управління майном підопічної або безвісти відсутньої особи. За таких обставин довірчі відносини з іноземним елементом можуть виникнути тоді, коли, наприклад, необхідно призначити довірчого управителя майном, що знаходиться за кордоном.

Окремо варто звернути увагу, що згідно з законодавством окремих країн резидентність суб'єктів довірчих правовідносин виступає в окремих випадках вимогою їх виникнення. Зокрема, на Кіпрі, Барбадосі, Острові Санта Лучії для заснування міжнародного трасту однією з обов'язкових умов є вимога, щоб усі довірцелі були нерезидентами відповідної країни, а один із довірчих власників обов'язково був її резидентом.

Таким чином, довірцями може виступати велике коло осіб. За загальним правилом, це можуть бути фізичні та юридичні особи, які є власниками майна або особами, уповноваженими на це законодавством тієї держави, яка визначає їх особистий статут. При цьому, внутрішнє законодавство конкретної країни може передбачати окремі обмеження щодо осіб, які мають право виступати довірцями.

***Довірчий власник/управитель (trustee) – особа, яка на засадах добросовісності, розумності, чесності та розсудливості здійснює від свого імені, але на користь та в інтересах визначеного кола осіб або для досягнення певної мети управління майном, переданим їй у власність або у управління.***

Довірчий власник/управитель є активним суб'єктом у довірчих правовідносинах, який здійснює управління переданим майном для

досягнення найбільшого економічного ефекту в інтересах вигодонабувачів. Він є центральною фігурою у довірчих правовідносинах, на яку покладені обов'язки цілеспрямованої діяльності на користь інших осіб (тобто дії у чужому інтересі) з охорони, збереження, примноження переданого майна, попередження зменшення його кількості або вартості та запобігання заподіяння йому збитків. З моменту передачі майна саме довірчий власник/управитель є повністю відповідальним за таке майно.

У більшості країн, які допускають існування тих чи інших довірчих конструкцій, довірчим власником/управителем може виступати будь-яка дієздатна фізична або юридична особа. Проте, якщо раніше роль довірчих власників/управителів, як правило, виконували фізичні особи – члени сім'ї, друзі або довірені особи родини, то у XX ст., за словами Е. Дженкса, «правова політика рішуче спрямована проти залишення довірчої власності у руках однієї особи, якщо остання не є корпорацією»<sup>66</sup>. Тому довірчими власниками/управителями все частіше виступають *юридичні особи* – компанії, які спеціалізуються на наданні довірчих послуг на професійній платній основі (банки або траст-відділи у банках, довірчі товариства, фонди тощо).

Залежно від законодавства тієї чи іншої країни до управителів можуть пред'являтися додаткові вимоги (особливий правовий статус, обов'язок отримання певної ліцензії або дозволу на здійснення усіх або окремих довірчих операцій). До компаній, які займаються управлінням цінними паперами, як правило, висувають більш жорсткі вимоги. Наданням таких послуг переважно можуть займатися лише професійні учасники фондового ринку, для яких це є єдиним видом діяльності.

Наприклад, в Україні за загальним правилом управителем може бути суб'єкт підприємницької діяльності. Однак згідно зі ст. 5, 11 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» фонд фінансування будівництва може створюватися виключно фінансовою установою, яка відповідає вимогам цього Закону. Порушення вказаної норми є підставою для визнання недійсною генеральної угоди про створення фонду фінансування будівництва, що підтверджується судовою практикою.

<sup>66</sup> Дженкс Е. Английское право. – М.: Юр. изд-во Министерства юстиции Союза ССР. – 1947. – С. 319.

*Постановою Вищого господарського суду України від 08.08.2006 р. у справі № 02/313<sup>67</sup>* (відмовлено у порушенні провадження з перегляду ухвалою Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 14 вересня 2006 року) генеральна угода про створення фонду фінансування будівництва була визнана недійсною з тих підстав, що відповідно до «статуту відповідача [управитель] він не є фінансовою установою, отже, він не може бути управителем та не може створювати фонд фінансування будівництва».

Отже, при визначенні кола їх повноважень необхідно обов'язково звертати увагу на відповідні імперативні норми законодавства тієї країни, яка визначає правовий статус даної юридичної особи, а також на її установчі документи.

Часто професійними довірчими власниками/управителями виступають компанії, зареєстровані в Люксембурзі, на Кіпрі, Бермудських, Вірджинських, Кайманових островах та в інших так званих офшорних юрисдикціях. Саме такі компанії становлять левову частку усіх існуючих довірчих власників у міжнародних трастах, про що йтиметься пізніше.

*Органи державної влади та місцевого самоврядування* можуть ставати довірчими власниками або управителями у певних випадках, прямо передбачених законом, наприклад, при заснуванні благодійних трастів. Однак це допускається лише в окремих країнах. Наприклад, у Росії здійснення довірчого управління публічно-правовими утвореннями не допускається.

В *Ухвалі Конституційного Суду Російської Федерації від 01.10.1998 р.* зазначено, що «з кола осіб, наділених правом здійснювати права та обов'язки довірчих управителів, виключені публічно-правові утворення, державні органи та органи місцевого самоуправління, проте це не перешкоджає володільцям приватної власності укладати договори довірчого управління майном з іншими суб'єктами цивільного права, які професійно займаються підприємницькою діяльністю... За змістом Конституції Російської Федерації одна й та сама особа не може суміщати владну діяльність у сфері державного і муніципального управління і підприємницьку діяльність, направлену на систематичне отримання прибутків... Держава не наділена повноваженнями на управління об'єктами приватної власності, відповідно до Конституції у віданні Російської Федерації перебувають лише федеральна державна власність та управління нею»<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 08.08.2006 р. у справі № 02/313 // Система інформаційно-правового забезпечення «ЛІГА:ЗАКОН». – К., 2009.

<sup>68</sup> *Беневоленская З. Э.* Вказана праця. – С. 18–20.

На нашу думку, висновки, викладені у вищезазначеному рішенні Конституційного Суду, є актуальними і для України, враховуючи близькість положень законодавства України та Росії у цій сфері.

Якщо ж передавати майно у управління *фізичній особі*, то необхідно, перш за все, визначити, чи є це можливим за особистим законом цієї особи та за законодавством країни, де відбуватиметься таке управління, оскільки у деяких країнах здійснювати довірче управління майном мають право виключно юридичні особи або громадяни-підприємці. Це, зокрема, стосується Російської Федерації, України, Білорусії тощо. Також варто враховувати, що за законодавством більшості країн загального права довірчими власниками/управителями не можуть виступати неповнолітні, психічно хворі, іноземці. Так, у деяких штатах США іноземець може стати довірчим власником стосовно рухомого та нерухомого майна, проте в інших штатах останньому заборонено отримувати у траст нерухомість. Що ж стосується заміжніх жінок, то лише окремі країни містять законодавчі обмеження щодо надання ними послуг довірчого власника.

Оскільки довірчі правовідносини з іноземним елементом підпадають під дію кількох юрисдикцій, при передачі майна у траст або довірче управління необхідно також враховувати законодавчі обмеження щодо кількості та резидентності довірчих власників/управителів. Так, згідно з англійським законодавством при передачі землі з метою її продажу максимальна кількість довірчих власників становить чотири особи<sup>69</sup>. А щодо резидентності, то відповідно до законодавства ряду держав для створення міжнародного трасту необхідно, щоб хоча б один із довірчих власників був резидентом відповідної країни.

***Бенефіціарій (бенефіціант, вигодонабувач, beneficiary)*** – *особа, на користь якої відбувається управління майном, переданим у довірчу власність або в управління*. Вигодонабувачем може виступати будь-яка конкретно визначена фізична або юридична особа, або група осіб. Відсутність прямо визначеного вигодонабувача може призвести до визнання трасту недійсним. Виняток становить випадок, коли управління майном здійснюється на користь та в інтересах необмеженого кола осіб, що має місце у благодійному трасті.

Законодавство ряду країн не ставить жодних вимог до особи бенефіціарія, тому останній може бути недієздатним, обмежено дієздатним, психічно хворим тощо. Траст також може бути створений на користь

---

<sup>69</sup> Фунтикова Н. В. – Вказана праця. – С. 86.

ще ненародженої дитини або навіть ще нествореної юридичної особи. Тому права та обов'язки таких осіб у більшості випадків не впливають ані на дійсність трасту, ані на інших учасників довірчих відносин, хоча за загальним правилом їх правовий статус також визначається за законом тієї країни, резидентами якої вони є (для фізичних осіб), та за законом, що визначає національність юридичної особи.

Завершуючи характеристики суб'єктів довірчих правовідносин з іноземним елементом, необхідно зупинитися ще на одному суб'єкті, правове становище якого залишається не до кінця визначеним. Наразі йдеться про ***протектора (protector)*** або ***сносмерізача (enforcer)*** – ***особу, яка за бажанням довірителя може призначатися для контролю за діяльністю довірчого власника/управителя.***

Найчастіше протектори або спостерігачі призначаються у міжнародних трастах, щоб «служувати мостом між установником трасту та довірчим власником або юрисдикцією трасту»<sup>70</sup>. Як правило, такі особи наділяються правами призначати нових довірчих власників, замінювати одних трастів на інших, змінювати юрисдикцію трасту тощо. Наприклад, Закон Санта-Лучії «Про міжнародний траст» 2002 р. надає право протектору, якщо інше прямо не передбачено документом про створення трасту, протягом часу існування міжнародного трасту: усувати довірчого власника та призначати нового або додаткового довірчого власника; змінювати право, що має застосовуватися до регулювання трасту; отримувати інформацію щодо рахунків довірчого власника тощо. За законодавством вказаної країни протектором може бути установник міжнародного трасту, бенефіціарій, один з кількох довірчих власників або будь-яка інша особа. Проте, у разі виконання особою своїх обов'язків як протектора, вона не може розглядатися як довірчий власник. Іноді протектора можуть наділяти настільки широкими повноваженнями, що складається враження, що він із контролюючого органу перетворюється на довірчого власника. Це має місце тоді, коли йому надається право «блокувати процес управління майном трасту»<sup>71</sup>. У таких випадках стає незрозуміло, хто дійсно управляє трастовим майном – протектор чи довірчий власник.

Щодо правового статусу та місця протектора у довірчих відносинах з іноземним елементом слід відмітити наступне: по-перше,

<sup>70</sup> Генкин А. С. Эффективный траст: опыт Западной Европы и российская практика. - М.: Издательский Дом «АЛЬПИНА», 1999. – С. 94.

<sup>71</sup> Генкин А. С. – Вказана праця. – С. 95.

він призначається за бажанням довірителя як додаткова гарантія забезпечення виконання довірчим власником/довірителем своїх обов'язків; по-друге, він може збігатися в одній особі із будь-яким суб'єктом довірчих правовідносин (установником, бенефіціарієм або одним із довірчих власників/управителів) або бути третьою особою; по-третє, залежно від законодавства тієї чи іншої країни, а також положень документа про створення трасту він може наділятися досить широкими повноваженнями з контролю за діяльністю довірчого власника/управителя.

Враховуючи роль та функції протектора, він не може вважатися суб'єктом довірчих правовідносин, оскільки останні складаються між довірителем, бенефіціарієм та довірчим власником/управителем. Це так звані «внутрішні» правовідносини на протигагу правовідносинам «зовнішнім», які виникають між довірчим власником/управителем та усіма третіми особами під час управління переданим майном. Протектор (навіть будучи одночасно одним із суб'єктів довірчого правовідношення) здійснює контроль за діяльністю довірчого власника/управителя, а це означає, що він діє на останнього «ззовні», що виключає можливість його участі у довірчих, тобто «внутрішніх», правовідносинах.

У зв'язку із викладеним виникає наступне питання: чи вважатиметься, що виникли довірчі правовідносини з іноземним елементом у разі призначення довірителем протектора-нерезидента у трасті, який підпорядковується одному правопорядку? На нашу думку, відповідь буде негативна. Оскільки ми дійшли висновку, що протектор не є суб'єктом довірчих правовідносин, його місцезнаходження не може впливати на характеристики таких відносин. Тобто траст, у якому протектор є іноземцем, все одно підпорядковуватиметься праву однієї країни. У такому разі довірчі правовідносини, ускладнені іноземним елементом, не виникатимуть. Винятком може бути випадок, коли протектор одночасно є одним із довірчих власників/управителів.

**Об'єктом довірчих правовідносин з іноземним елементом є відокремлене індивідуально визначене майно або майнові права, передані його власником або іншою особою, уповноваженою на це законом, у власність або в управління іншій особі для максимально ефективного управління ним.**

Таким об'єктом може бути будь-яке рухоме та/або нерухоме майно, що належить особі, яка може бути довірителем за законом країни, ре-



зидентом якої вона є, у тому числі: земельні ділянки, підприємства та інші цілісні майнові комплекси, цінні папери, які, за словами сучасних дослідників, є найбільш привабливим об'єктом довірчого управління<sup>72</sup> та трасту, пайові інвестиційні фонди, права вимоги за договором, якщо уступка вимог за ним допускається, патенти, авторське право, репутація та торгова марка (одночасно із передачею підприємства), неопублікований літературний твір, незапатентований винахід тощо.

Проте майно, яке передається у довірчу власність або довірче управління, не повинно бути вилучене або обмежене у цивільному обороті за законодавством країни свого місцезнаходження. Також необхідно звертати увагу, що законодавство окремих країн містить спеціальні обмеження щодо передачі певного майна у довірчу власність або в управління. Зокрема, у Російській Федерації та Україні таке обмеження стосується грошових коштів.

У низці країн, зокрема на Кіпрі, Сейшелах, у Барбадосі, Санта Луції, однією з умов створення міжнародного трасту є те, що нерухоме майно, яке знаходиться на території відповідної країни, не включається до складу траст-фонду. У протилежному випадку такий траст не буде визнаний міжнародним і підпадатиме під дію тих законів, які регулюють діяльність місцевих трастів. Хоча той факт, що траст не визначається міжнародним за законодавством тієї чи іншої держави, не означає, що відносини, які він породжує, не є довірчими правовідносинами з іноземним елементом, що становлять предмет міжнародного приватного права.

Продовжуючи подальшу характеристику довірчих правовідносин з іноземним елементом, зупинимося на **підставах їх виникнення, зміни та припинення**, якими, як відомо, є юридичні факти, тобто факти реальної дійсності, з якими норми права пов'язують настання юридичних наслідків<sup>73</sup>.

Загалом, довірчі правовідносини, у тому числі й ті, які характеризуються наявністю іноземного елементу, можуть виникати з 1) правомірних та 2) неправомірних дій (що притаманно лише для країн загальної системи права).

<sup>72</sup> Зайцев О. Р. Доверительное управление имуществом // Актуальные проблемы гражданского права: сб. статей. Вып. 11/Под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М.: Норма, 2007. – С. 40.

<sup>73</sup> Красавчиков О. А. Юридические факты в гражданском праве // Категории науки гражданского права. Избр. тр. В 2-х т. Т. 2. – М.: Статут (Классика российской цивилистики), 2005. – С. 101.



**Як правило, підставами виникнення довірчих правовідносин з іноземним елементом є:**

**1. Установчий акт або одностороннє волевиявлення довірителя**, за яким останній передає майно довірчому власнику/управителю для управління ним в інтересах бенефіціаріїв або для досягнення певної мети. Дана підстава виникнення довірчих правовідносин характерна переважно для країн загального права. Для виникнення довірчих правовідносин з іноземним елементом достатньо, щоб майно, передане в управління, знаходилося за кордоном або щоб довірчий власник чи хоча б один із вигодонабувачів були іноземцями або особами без громадянства.

Довіритель може по-різному висловити свою волю щодо заснування трасту, але у будь-якому випадку форма вираження волі довірителя повинна відповідати нормам права: 1) країни, де відбувається таке волевиявлення; 2) країни місцезнаходження майна, що передається. У деяких випадках має також бути врахований особистий закон довірителя.

За загальним правилом, для встановлення довірчої власності не вимагається дотримання жодних формальностей. Необхідна лише заява про те, що певне майно передається у довірчу власність в інтересах визначених бенефіціаріїв<sup>74</sup>. Єдиним винятком є вимога обов'язкового дотримання письмової форми при передачі нерухомого майна у траст. Однак ці правила стосуються лише довірчих відносин, що підпадають під юрисдикцію однієї країни. Коли ж ідеться про довірчі правовідносини з іноземним елементом, установчий акт повинен бути оформлений письмово, зважаючи на те, що законодавство переважної більшості країн вимагає дотримання письмової форми правочинів, суб'єктами яких є резиденти різних країн. Більше того, у законах окремих країн, присвячених регулюванню міжнародних трастів, міститься імперативна вимога вчинення установчого акту виключно у письмовій формі.

У випадку передачі майна у довірчу власність після смерті довірителя форма установчого акту (у даному випадку – заповіту) повинна відповідати вимогам спадкового права країни, де спадкодавець мав постійне місце проживання на момент складання акту або на момент смерті, а якщо у траст передається нерухоме майно, що знаходиться

<sup>74</sup> Ласк Г. Гражданское право США (право торгового оборота). – М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1961. – С. 513.

за кордоном, то і нормам країни місцезнаходження такого майна. Наприклад, згідно з положеннями окремих штатів траст не може бути створений шляхом заповіту, якщо він не відповідає положенням Закону про заповіти.

**2. Договір**, укладений між резидентами різних країн або резидентами однієї країни стосовно майна, що знаходиться на території іншої держави. За загальним правилом форма договору повинна відповідати вимогам права, яке застосовується до його змісту, але у будь-якому випадку, зважаючи на його міжнародний характер, він має бути вчинений у письмовій формі. Як правило, договір є підставою виникнення довірчого управління майном, що характерно для країн континентальної системи права, проте останнім часом все більшого поширення набувають так звані *trust deed*, тобто договори про передачу майна у траст, що свідчить про поступовий відхід від заснування довірчої власності переважно на підставі одностороннього виявлення власника майна. Принагідно зауважимо, що договір управління майном є також підставою виникнення довірчої власності за законодавством України.

У даній роботі часто вживатиметься таке поняття, як **документ про створення трасту (trust instrument)**, під яким розумітиметься ***одно- або двосторонній правочин (установчий акт як одностороннє волевиявлення довірителя, у тому числі й заповіт; договір між довірителем та довірчим власником, рішення суду тощо), на підставі якого виникають правовідносини довірчої власності (трасту)***<sup>75</sup>.

**3. Закон** є підставою виникнення довірчих правовідносин лише в окремих випадках, що залежить від законодавства тієї чи іншої країни. У деяких країнах передбачено виникнення конструктивного трасту у випадку безпідставного заволодіння чужим майном, в інших – укладення договору з метою довірчого управління майном

<sup>75</sup> У літературі документ про створення трасту називають по-різному: установчий акт (Н.В. Фунтікова), декларація про заснування трасту (Р.А. Майданик), договір про створення довірчої власності, трастовий договір (*trust deed*). На нашу думку, термін «документ про створення трасту» є найбільш широким, оскільки охоплює усі випадки виникнення трасту на підставі письмового документа і при цьому не містить вказівку на одно- (декларація або установчий акт, заповіт) чи двосторонній (договір) характер правочину, що є підставою виникнення довірчої власності. Крім того, саме такий термін найбільш повно передає зміст терміна *trust instrument*, який існує в країнах англо-американського права для позначення підстави виникнення трасту. Підкреслимо також, ми жодним чином не заперечуємо можливість існування й інших термінів. Більше того, у роботі для уникнення повторів ми іноді вживатимемо вказані терміни як взаємозамінні.

недієздатних або безвісти відсутніх осіб тощо. Як правило, дослідники не вважають закон підставою виникнення довірчих відносин, а лише – передумовою їх виникнення. При цьому, безпосередньою підставою вони називають, наприклад, договір довірчого управління. Із цим можна погодитися у контексті континентального права, тоді як країни загального права вважають, наприклад, що саме закон, а не рішення суду про утвердження конструктивної власності є підставою виникнення трасту.

**4. Інші підстави**, до яких можна віднести рішення суду, рішення відповідних органів держави (органів опіки, піклування, у деяких країнах – нотаріуса) про призначення довірчого управителя майном, неправомірні дії (у країнах загального права) тощо. Досить поширеним прикладом виникнення та припинення довірчих правовідносин за рішенням суду також може бути заміна одного довірчого власника на іншого. У такому випадку рішення суду є підставою для припинення довірчих правовідносин, що існували із попереднім довірчим власником, та підставою виникнення таких відносин із новим.

Якщо ж говорити про **підстави припинення довірчих відносин** з іноземним елементом, то ними можуть виступати наступні юридичні факти:

1) досягнення цілей, для яких майно передавалося у довірчу власність/управління, або неможливість досягнення таких цілей (наприклад, ліквідація компанії, акції якої повинен був набути довірчий власник);

2) закінчення строку, на який створювався траст (наприклад, строк існування міжнародного трасту (окрім благодійного) обмежується сотнею років), або строку дії договору довірчого управління;

3) настання обставин, які відповідно до документа про створення трасту або договору довірчого управління повинні припинити довірчу власність/управління майном (наприклад, досягнення вигодонабувачем певного віку, вступ у шлюб, повернення особи, визнаною безвісти відсутньою тощо);

4) смерть єдиного вигодонабувача – фізичної особи, у якої не залишилося спадкоємців, або ліквідація юридичної особи;

5) набрання законної сили рішенням суду про визнання договору довірчого управління майном недійсним або визнання недійсним самого трасту. Наприклад, багатюрисдикційний траст може бути визнано судом недійсним у разі порушення імперативних вимог або пу-

блічного порядку країни суду (про це йтиметься у наступних розділах роботи);

б) інші підстави, передбачені законом, документом про створення трасту або договором довірчого управління.

Окремі дослідники серед підстав припинення довірчих правовідносин називають смерть або ліквідацію довірчого власника/управителя. Не сперечатимемося, що у певних випадках так воно і є, проте, як правило, такого роду подія є підставою для заміни одного довірчого власника/управителя на іншого, оскільки однією з ознак довірчих правовідносин є їх тривалість та стабільність. Те саме можна сказати і про вчинення довірчим власником/управителем певної дії, яка призвела до втрати довіри до нього. Зазвичай це не є підставою для припинення довірчих правовідносин, а є підставою для заміни довірчого власника/управителя та може бути підставою для притягнення його до відповідальності.

Отже, підставами виникнення, зміни та припинення довірчих правовідносин є життєві обставини у вигляді правомірних або неправомірних дій та подій, з якими закон, документ про створення трасту або договір довірчого управління пов'язують виникнення, зміну або припинення таких правовідносин. Якщо будь-який юридичний факт, що є підставою виникнення, зміни чи припинення довірчих правовідносин, мав місце за кордоном, існують підстави говорити про те, що такі відносини підпорядковуються кільком правовим порядкам та є предметом міжнародного приватного права.

## **1.4. ФОРМИ ІСНУВАННЯ ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ. БАГАТОЮРИСДИКЦІЙНІ, МІЖНАРОДНІ ТА ОФШОРНІ ТРАСТИ**

**П**ричиною виникнення переважної більшості довірчих правовідносин з іноземним елементом та їх головною метою є захист майна незалежно чи від часу, чи від марнотратних членів сім'ї, чи від політичної нестабільності. Як зазначають дослідники, мотиви та цілі вступу у такі відносини можуть «варіюватися від управління майном довірителя компетентними особами до охорони бенефіціаріїв

від їх недосвідченості в управлінні фінансовими активами»<sup>76</sup>, але звичай вони зводяться до таких, як: брак дієздатності суб'єктів таких відносин, у тому числі неповноліття бенефіціаріїв; передача права власності при бажанні зберегти контроль за переданим майном; прагнення зменшити обсяг податкових платежів та інше.

Мабуть, однією з найдавніших причин появи таких правовідносин була необхідність як за життя власника, так і після його смерті охорони, збереження та управління нерухомим майном, що знаходилося за кордоном, оскільки завжди існували люди, які володіли землями та маєтками за межами своєї країни. Ці маєтки потребували догляду, що викликало необхідність залучення тих чи інших людей для ефективного управління ними. Також досить поширеним прикладом реалізації довірчих конструкцій на практиці є управління певним майном, зокрема і рухомим, на користь кількох осіб, які проживають у різних країнах. Резиденти країн загального права, які мають спадкоємців в інших країнах, часто передають своє майно у спадковий траст. І таких прикладів можна навести дуже багато.

Узагальнено наведені вище приклади можна визначити як **форми існування довірчих правовідносин з іноземним елементом**, тобто спосіб існування, вираження довірчих конструкцій на практиці.

Формами існування довірчих правовідносин з іноземним елементом у країнах англо-американського права є різноманітні види трастів, які у даній роботі визначатимуться як **багатоюрисдикційні трасти (multi-jurisdictional)**, тобто **трасти, суб'єктами яких є резиденти різних країн або до яких передано майно, що знаходиться за кордоном, чи підставами виникнення зміни або припинення яких були юридичні факти, що мали місце за кордоном**.

Даний термін охоплює довірчі правовідносини з іноземним елементом, які виникають переважно у країнах загального права та передбачають перехід права власності на майно від установника управління до довірчого власника, проте не стосується правовідносин, що існують у країнах континентального права та виникають, як правило, з договорів довірчого управління майном.

Поняття багатоюрисдикційного трасту включає у себе і поняття *офшорних* та *міжнародних* трастів, які, починаючи з другої половини ХХ ст., є надзвичайно популярними у різних країнах. Міжна-

<sup>76</sup> Харченко Г.Г. Довірчі операції зарубіжних трастових компаній // Право України. – 2002. – № 4. – С. 151.

родний траст, що є однією з форм існування англо-американського трасту, нині є механізмом міжнародного фінансування та фінансового планування в усьому світі. Саме він є прикладом, який підтверджує можливість запровадження моделі довірчої власності, що існує у загальному праві, в інших юрисдикціях. Це можна пояснити тим, що на початку 1960-х років, коли відбувалося становлення ринку боргових зобов'язань, багато правових конструкцій були запозичені із законодавства та практики успішних фінансових ринків Нью-Йорка та Лондона, тобто тих, що базувалися на традиціях англо-американського права. Так, одним із прикладів такого запозичення стало запровадження договору, за умовами якого довірчий власник представляв інтереси держателя облігації<sup>77</sup>. Незважаючи на те, що конструкція трасту є дітищем англо-американського права, вона отримала широке розповсюдження також на міжнародному фондовому ринку, на якому присутні представники країн загального і континентального права, а також інших правових систем. При цьому, як наголошують дослідники, такі трастові операції «не зводяться до купівлі-продажу цінних паперів емітентів в інтересах клієнта компанії, а мають різновекторну спрямованість, аж до впливу на курс акцій тих фірм, у цінні папери яких компанія вкладала кошти своїх клієнтів»<sup>78</sup>.

Протягом останніх років ринок міжнародних трастових послуг розвивається вкрай швидко. Оскільки у багатьох державах податки на майно та приріст капіталу залишаються високими, міжнародні трасти використовуються з метою зменшення або уникнення оподаткування, при чому не лише фізичними особами, але й великими корпораціями. Заснувавши траст в одній із безподаткових юрисдикцій (Кайманові острови, Багами, Гернсі та Джерсі, Острів Мен, Барбадос тощо), у багатьох випадках вдається вивести кошти з оподаткування країни перебування установника та бенефіціарія. Це, перш за все, стосується податків на майно, оскільки майно, передане у довірчу власність, юридично не належить ані попередньому власнику, ані бенефіціарію. Те ж правило стосується і податку на прибуток з капіталу. Прибутки бенефіціарія, отримувані від трасту, як правило, оподатковуються за правилами країни його проживання, але лише після їх реальної передачі, що дозволяє відтягувати сплату податків

<sup>77</sup> Hendrickson R. A., Silverman N. R. Changing the Situs of a Trust. Law Journal Press, 1982. – P. VI-VII § 11.07 11–16.2.

<sup>78</sup> Харченко Г. Г. Вказана праця. – С. 152.

на необмежений строк, реінвестуючи прибутки. У деяких випадках можна обійти сплату податку на спадок, але варто мати на увазі, що зазвичай передача майна у міжнародний траст підпадає під податок на дарування.

Нині термін «міжнародний траст» застосовується дуже часто, хоча єдиного загальновизнаного визначення ще й досі не існує.

Утім, у законодавстві окремих країн існують легальні визначення міжнародного трасту, оформлені, як правило, шляхом перерахування його ознак. Наприклад, за Законом **Кіпру** «Про міжнародні трасти» (*Cyprus International Trust Law, 1992 p.*)<sup>79</sup> *міжнародний траст* визначають як траст, створений нерезидентом в інтересах бенефіціаріїв, які також є нерезидентами. Для кваліфікації трасту як міжнародного необхідно, щоб: 1) установник не був резидентом Кіпру; 2) жоден із бенефіціаріїв (окрім благодійних трастів) не був резидентом Кіпру; 3) майно, передане у траст, не відносилось до нерухомого майна, розташованого на Кіпрі; 4) принаймні один із довірчих власників був резидентом Кіпру.

Відповідно до Закону **Санта Лучії** «Про міжнародні трасти» (*International Trust Act, 2002 p. № 15*)<sup>80</sup> *міжнародний траст* – це засвідчений у письмовій формі та зареєстрований згідно цього Закону траст, одним із довірчих власників якого у будь-який час є зареєстрований довірчий власник. При цьому, до майна, переданого у траст, не відноситься нерухоме майно, що знаходиться у Санта Лучії, або інтерес у такому нерухомому майні.

Закон **Самоа** «Про міжнародні трасти» 1998 р.<sup>81</sup> під *міжнародним* визначає *траст*, у якому принаймні один із довірчих власників, донорів або держателів майнової долі є або траст-компанією, що має ліцензію відповідно до Закону про трастові компанії 1987 р., або міжнародною чи зарубіжною компанією, зареєстрованою відповідно до Закону про міжнародні компанії 1987 р. Бенефіціарами трасту у будь-якому випадку є нерезиденти Самоа.

Законом **Барбадосу** «Про міжнародні трасти» (*International Trust Act, 1995 p.*)<sup>82</sup> *міжнародним* визнається *траст*, у якому: 1) установ-

<sup>79</sup> The International Trust Law of Republic of Cyprus, 1992 // [www.fbscopyprus.com/assets/mainmenu/133/editor/THE%20INTERNATIONAL%20TRUSTS%20LAW%20OF%201992.pdf](http://www.fbscopyprus.com/assets/mainmenu/133/editor/THE%20INTERNATIONAL%20TRUSTS%20LAW%20OF%201992.pdf).

<sup>80</sup> Saint Lucia International Trust Act No 2 of 2002//[www.pinnaclestlucia.com/legislation/trust\\_act.htm](http://www.pinnaclestlucia.com/legislation/trust_act.htm).

<sup>81</sup> Кордобовская М. // [www.nalogi.net/obzor\\_prew.htm?categors=0eDs7](http://www.nalogi.net/obzor_prew.htm?categors=0eDs7).

<sup>82</sup> Barbados International Trust Act, 1995 // [www.sice.org/Investment/NatLeg/Bar/Trusts\\_act.pdf](http://www.sice.org/Investment/NatLeg/Bar/Trusts_act.pdf).



ник є резидентом країни за межами Барбадосу на момент створення трасту та на момент передачі нового майна до трасту; 2) хоча б один із довірчих власників є резидентом Барбадосу; 3) жоден із бенефіціаріїв на момент створення трасту та на момент передачі установником нового майна до трасту не є резидентом Барбадосу; 4) майно, передане у траст, не включає нерухомого майна, розташованого на Барбадосі, або інтересу у такому майні.

У США під *міжнародними трастами* розуміють трасти, доміцільовані в юрисдикції, відмінній від країни громадянства особи, які дозволяють установнику отримати вигоди від переваг законів, що діють в інших юрисдикціях.

Аналогічні або близькі до наведених підходи до визначення поняття міжнародного трасту містяться і у законодавстві інших країн, таких як: Британські Вірджинські острови, острови Сент Вінсент і Гренадини тощо.

На нашу думку, *міжнародний траст* – це різновид багатюрисдикційного трасту, створений відповідно до законодавства конкретної країни, до якого установником-нерезидентом передано майно, що знаходиться за кордоном, довірчим власникам, хоча б один з яких є резидентом відповідної країни, для управління ним в інтересах бенефіціаріїв-нерезидентів<sup>83</sup>. Іншими словами, про міжнародний траст йдеться тоді, коли установники та бенефіціарії є нерезидентами певної країни, траст-фонд перебуває за кордоном, а принаймні один із довірчих власників є резидентом такої країни.

Деякі дослідники звертають увагу на те, що міжнародний траст не є типом або, точніше кажучи, різновидом трасту (як, наприклад, дискреційний та фіксований, відкличний та безвідкличний, прижиттєвий та спадковий тощо). Це є проста назва такого трасту, який створено в одній країні, при тому, що майно знаходиться в іншій<sup>84</sup>. З такою позицією важко погодитися, оскільки підстави для класифікації можуть бути абсолютно різними, тому, на наш погляд, за ознакою резидентності суб'єктів трасту всі існуючі трасти можна розподіли-

<sup>83</sup> Зазначимо, що дане визначення не претендує на всезагальність, оскільки часто поняття міжнародного та багатюрисдикційного трасту ототожнюють, визначаючи їх як траст, що підпадає під дію кількох юрисдикцій. Іноді під поняттям багатюрисдикційного трасту мають на увазі траст, який підпадає під дію права кількох різних штатів однієї країни, що має місце, наприклад, у США або Австралії.

<sup>84</sup> *Пеппер Дж.* Практическая энциклопедия международного и финансового планирования. – М.: Инфра, 1998 // [www.russianlaw.com/publications/pepper/06.0/](http://www.russianlaw.com/publications/pepper/06.0/).



ти на національні (місцеві) та міжнародні. Більше того, ми вважаємо, що законодавство окремих країн виділяє поняття міжнародних трастів саме на протипагу трастам локальним, тобто *трастам, установниками та/або вигодонабувачами яких є резиденти відповідної країни, а майно, передане у довірчу власність, знаходиться на її території*. Зауважимо також, що частина локальних трастів може бути пов'язана із кількома правопорядками, коли, наприклад, установником у траст передано майно, що знаходиться у країні, резидентом якої є довіритель, з метою управління цим майном на користь бенефіціаріїв-нерезидентів. Виходячи із легальних визначень міжнародного трасту, останній не виникає, однак, оскільки один із суб'єктів трасту є іноземцем, існують підстави говорити про багатюрисдикційний траст.

Також необхідно звернути увагу на поняття так званого офшорного трасту, який у літературі часто ототожнюють із міжнародним трастом. Однозначно сказати, чи є правильним таке ототожнення, неможливо, оскільки у законодавстві окремих країн, наприклад Бельгії<sup>85</sup>, ці поняття дійсно збігаються та є взаємозамінними, тоді як в інших країнах вони несуть різне смислове навантаження. Прикладом останніх може бути законодавство Кіпру, яке визначає *офшорний траст* як траст, установником, довірчим власником та вигодонабувачем якого є нерезиденти Республіки. Офшорні трасти, як і місцеві, не підпадають під дію Закону Кіпру «Про міжнародні трасти», але на відміну від останніх на офшорні трасти поширюються податкові пільги, як і на міжнародні трасти.

У деяких офшорних юрисдикціях, наприклад, на Барбадосі, не передбачена офіційна реєстрація міжнародного трасту. При його створенні довіритель зобов'язаний лише підписати так звану «декларацію» або «контракт», де мають бути визначені напрямки діяльності трасту та порядок розподілу прибутків до та після смерті установника. На Бельгії реєстрація міжнародного трасту також не є обов'язковою, хоча інформація про траст може бути внесена до реєстру, що є підставою для видачі реєстратором Верховного Суду сертифікату на підтвердження існування трасту<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Тернер Л. Бельгія. Бурное развитие оффшорных трастовых услуг // [offshoredir.ru/akariby/beliz-burnoe-razvitiye-ofshornyh-trastovyh-uslug](http://offshoredir.ru/akariby/beliz-burnoe-razvitiye-ofshornyh-trastovyh-uslug).

<sup>86</sup> Бейкер Ф. Закон о трастах Белиза 1992 года // [offshoredir.ru/akariby/beliz-zakon-o-trastah-beliza-1992-goda](http://offshoredir.ru/akariby/beliz-zakon-o-trastah-beliza-1992-goda).

Проте законодавство інших країн, зокрема, Монако, Мальти, Ліхтенштейну, Кіпру тощо, покладає на установника обов'язок зареєструвати новостворений траст. Наприклад, закон Мальти допускає створення трастів на підставі листа, іншого письмового розпорядження або декларації про створення трасту, підписаної в односторонньому порядку компанією, яка зареєстрована на Мальті та має відповідну ліцензію, однак у подальшому створений траст підлягає обов'язковій реєстрації в Управлінні міжнародного бізнесу Мальти<sup>87</sup>.

За загальним правилом строк існування міжнародних трастів не повинен перевищувати 100 (на Белізі – 120) років від моменту його створення, якщо інше не зазначено у документі про його створення. Обмеження щодо строку існування не стосується благодійних трастів (*charitable trust*), тобто трастів, створених для допомоги бідним, та/або для сприяння освіти, та/або для сприяння релігії, та/або для інших суспільно корисних цілей (див. справу *Tax Commissioners v. Pemse*<sup>88</sup>).

Основними перевагами міжнародного трасту є конфіденційність, звільнення або зменшення оподаткування, а також можливість ізоляції майна, переданого у траст, від претензій кредиторів. Розглянемо детальніше кожен з них.

Конфіденційність міжнародних трастів робить їх привабливими та надзвичайно популярними. Будь-яка інформація, що стосується міжнародного трасту, є конфіденційною. До цієї інформації, зокрема, відносяться відомості про: ім'я (назву) довірителя та вигодонабувачів, повноваження довірчих власників, наданих відповідним законодавством або самим документом про заснування міжнародного трасту, причину надання саме таких повноважень довірчому власнику (тобто надання йому повної свободи дій або обмеження у певних випадках), рахунки міжнародного трасту. Наприклад, на Багамських островах законодавством встановлено мінімальний перелік документів, необхідних для подачі контролюючим органам, який навіть не передбачає подачу річних звітів до Реєстраційної палати, що дає змогу зберігати імена директорів та акціонерів компанії у таємниці<sup>89</sup>. На острові Мен

<sup>87</sup> Фенеш Т. Закон об оффшорных трастах 1988 года // [offshoredir.ru/evropa/Malta-Zakon-ob-offshornyh-trastah-1988-goda](http://offshoredir.ru/evropa/Malta-Zakon-ob-offshornyh-trastah-1988-goda)

<sup>88</sup> Ковалев С. И. Доверительное управление имуществом в зарубежном и российском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. – М.: Университет дружбы народов, 1999. – С. 58.

<sup>89</sup> Фоунк Д. Л. Е. Багамские острова. Международные коммерческие компании (IBC) // [offshoredir.ru/akariby/bagamskie-ostrova-mezhdunarodnye-kommercheskie-kompanii-ibc](http://offshoredir.ru/akariby/bagamskie-ostrova-mezhdunarodnye-kommercheskie-kompanii-ibc).

трастові компанії не зобов'язані розкривати свої цілі у статуті компанії, а імена гарантів компанії не повідомляються до Реєстраційної палати<sup>90</sup>. На Барбадосі дані, що підлягають опублікуванню в офіційному Бюлетені (у тому числі і про надходження до Центрального банку країни) і які надаються у вигляді рухів на рахунках банку, містять інформацію скоріше про діяльність самого банку, аніж про конкретних юридичних та фізичних осіб, які ним обслуговуються.

Розкриття конфіденційної інформації допускається як виняток лише у двох випадках: 1) на письмову вимогу бенефіціаріїв (щодо належних особисто кожному з них рахунків або частки майна) або уповноважених осіб у справах, що стосуються благодійних трастів, 2) за рішенням суду у порядку цивільного або кримінального процесу на вимогу однієї зі сторін у справі. Слід вказати, що при прийнятті відповідного рішення суд повинен обґрунтовано довести необхідність надання певних документів або розкриття певної конфіденційної інформації, що стосується міжнародного трасту, для вирішення конкретної справи. Іноді розкриття такої інформації за вимогою суду може потребувати також погодження центрального банку відповідної країни.

Порушення порядку розкриття конфіденційної інформації є підставою для притягнення винних осіб до відповідальності. Наприклад, на Мальті з довіреної особи трасту або будь-якої іншої особи, включаючи співробітників Управління міжнародного бізнесу, з вини якої були розголошені відомості про офшорні трасти, стягується великий штраф, за винятком тих випадків, коли це відбулося у порядку виконання трастового договору або на підставі «особливого» судового рішення. А в Ліхтенштейні довірчі власники мають право на збереження таємниці як стосовно самих доручень, так і фактів, що стали відомі у процесі їх професійного управління, розголошення яких не відповідало б інтересам їхніх клієнтів. Згідно процесуального законодавства цієї країни довірчі власники можуть бути звільнені від дачі показань у якості свідків за відсутності згоди на це клієнта та у разі, якщо розкриття такої інформації може заподіяти шкоди останньому<sup>91</sup>.

Окремо кілька слів варто сказати про Швейцарію, яка традиційно високо цінувала принцип конфіденційності. Протягом останніх

<sup>90</sup> Беккет П.Р. Остров Мэн. «Смешанные» компании вместо трастов // [offshoredir.ru/евropa/Ostrov-Mjen-%C2%ABSmeshannye%C2%BB-kompanii-vmesto-trastov](http://offshoredir.ru/евropa/Ostrov-Mjen-%C2%ABSmeshannye%C2%BB-kompanii-vmesto-trastov).

<sup>91</sup> Харченко Г.Г. Довірча власність у діяльності трастових компаній та довірчих товариств. – Одеса: Астропринт, 2006. – С. 54.

років швейцарські закони про надання клієнтом особистих відомостей, у тому числі й інформації про вигодонабувачів, стали значно жорсткішими. За правилами, що існували раніше, в окремих випадках відомості про бенефіціаріїв дискретних трастів не відображалися у банківській документації. Однак, відповідно до Кодексу норм професійної діяльності членів Асоціації банкірів (*Code of Conduct of the Banker's Association*, 1992 р.) банки зобов'язані вести облік відомостей про всіх осіб, що пов'язані із трастом (установників, довірених осіб, бенефіціаріїв), а також тих, хто прямо чи опосередковано вкладає капітал у траст<sup>92</sup>.

Ще однією перевагою застосування конструкції міжнародного трасту є *можливість ефективного податкового планування*. Зазвичай резидент країни, у якій існують високі ставки податків, в інтересах бенефіціарія передає право власності на своє майно резиденту країни, де рівень оподаткування невисокий. Оскільки право власності переходить до довірчого власника, установник припиняє сплачувати податки з переданого майна. При правильному управлінні така власність буде приносити дохід, що підлягає оподаткуванню за низькими ставками, у країні місцезнаходження довірчого власника. Якщо власність передана нерезидентом у траст, створений в юрисдикції, де рівень оподаткування невисокий, а дохід отримується за межами такої юрисдикції, траст звільняється від сплати всіх податків та зборів. Саме тому із числа вигодонабувачів виключають резидентів юрисдикції управління трастом.

У відповідності до законодавства окремих країн, які визнають трасти як законного суб'єкта правовідносин, податкові органи мають право ознайомлюватися із документами про створення трастів. Якщо вигодонабувач уповноважений отримувати дохід від майна, переданого у траст, він буде зобов'язаний сплатити відповідний податок від суми такого доходу. Саме тому на практиці довірчі власники самостійно визначають співвідношення, у яких за ними закріплюється довірча власність в інтересах кількох бенефіціаріїв. При такому підході неможливо точно визначити розмір доходу, отриманого бенефіціарієм від трасту, оскільки довірчі власники на власний розсуд можуть позбавити частки одного вигодонабувача на користь інших.

Іншим поширеним прикладом застосування міжнародного трасту є спадковий траст. Так, особа, яка розпорядилася своїм майном

---

<sup>92</sup> Буммер Ж. Применение трастов в Швейцарии // <http://offshoredir.ru/evropa/Shvejcarija-Primenenie-trastov-v-Shvejcarii>.

на чию-небудь користь, знімає із себе обов'язки законного власника та звільняється від сплати податку на спадщину.

Вищевикладені приклади є досить схематичними та умовними, оскільки реалізувати ту чи іншу схему податкового планування на практиці можливо лише з урахуванням специфіки законодавства відповідної країни та конкретної ситуації.

Ще однією перевагою, яку мають міжнародні трасти у порівнянні з іншими правовими конструкціями, є можливість *виведення або «ізолювання» всього чи частини свого майна від посягань кредиторів*, а також інших осіб, що мають право на обов'язкову частину у спадщині або спільному майні подружжя. Оскільки при передачі майна у міжнародний траст установник втрачає право власності на нього, юридично це майно вже не може стати об'єктом для реалізації вимог кредиторів, спадкоємців, іншого з подружжя тощо. Для того, щоб повернути таке майно власнику та включити його, наприклад, до спадкової маси, необхідно спочатку визнати недійсним сам міжнародний траст, що на практиці є досить складно, зважаючи на положення права, яке має застосовуватися до регулювання трасту. Останнє часто сформульовано таким чином, щоб мінімізувати ризики невизнання міжнародного трасту або визнання його недійсним. З цією метою у законодавстві окремих юрисдикцій передбачені **спеціальні норми**, які узагальнено можна сформулювати наступним чином:

1) установник (або будь-яка інша особа, яка передає майно до міжнародного трасту), визнається таким, що мав право зареєструвати траст або передати до нього майно, якщо він був наділений цим правом згідно з законодавством країни, де створюється траст, або законодавством країни, резидентом якої він є;

2) ані траст, ані передача, ані розпорядження про передачу майнових прав у траст не можуть бути визнані незаконними на підставі будь-яких зарубіжних правових норм про примусове спадкування через те, що поняття трастів невідоме або не визнано у законодавстві правової системи, відмінної від країни реєстрації трасту (наприклад, Закон Гернсі «Про трасти» 1989 р.);

3) міжнародний траст не може бути визнаний недійсним у випадку банкрутства чи ліквідації довірителя або у випадку судового позову проти нього;

4) міжнародний траст є безвідкличним, незмінним та не може бути ліквідований за бажанням довірителя, якщо інше прямо не вказано у документі про створення трасту;

5) відповідно до законодавства деяких країн обмежується строк, протягом якого можна подати позов проти довірчого власника стосовно переданого майна (наприклад, на Кіпрі такий позов можна подати лише протягом двох років з моменту відчуження або передачі майна у траст);

6) законодавство деяких країн континентальної або змішаної системи права дозволяють в окремих випадках особам, чие національне законодавство та судова практика допускає існування довірчої власності, створити траст, який буде визнаний у такій країні дійсним. Прикладом цього може бути траст – волевиявлення (*will trust*) у Монако<sup>93</sup>. Закони Ліхтенштейну та Швейцарії дозволяють створення трастів у відповідності до законодавства інших держав – для цього необхідно, щоб положення зарубіжного закону були наведені у документі про створення трасту<sup>94</sup>.

Отже, у деяких країнах на законодавчому рівні вироблені дієві механізми захисту міжнародних трастів від визнання їх недійсними, які дозволяють досить ефективно захищати майно, передане в траст, від посягань третіх осіб, які обґрунтовують свої права згідно законів інших країн. Це, у свою чергу, ще збільшує привабливість міжнародних трастів в усьому світі.

---

<sup>93</sup> Эзен У. Монако. Закон № 214 и трасты // <http://offshoredir.ru/evropa/Monako-Zakon-%E2%84%96214-i-trasty>.

<sup>94</sup> Риттер П. Финансовое планирование по-лихтенштейнски // <http://offshoredir.ru/evropa/Lihtenshtejn-Finansovoe-planirovanie-po-lihtenshtejnski>; Виттмер Ж. Применение трастов в Швейцарии // <http://offshoredir.ru/evropa/Shvejcarija-Primenenie-trastov-v-Shvejcarii>.

## ГЛАВА 2. ДЖЕРЕЛА ПРАВА, ЩО ЗАСТОСОВУЮТЬСЯ ДО РЕГУЛЮВАННЯ ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

Джерела права, як відомо, містять правові норми, що мають обов'язкове значення при регулюванні тих чи інших правовідносин. Як правило, до них відносяться закон, судові прецеденти, звичаї та принципи права. Проте у різних країнах по-різному ставляться до кожного з вказаних джерел, надаючи перевагу тим чи іншим. При регулюванні відносин, ускладнених іноземним елементом, застосовуються джерела міжнародного приватного права, які більшість юристів поділяють на «національні», тобто внутрішньодержавне законодавство у широкому значенні цього слова, та на «міжнародні».

При характеристиці джерел права, якими регулюються відносини з іноземним елементом, традиційно першим називають саме «національне» законодавство. Проте, як зазначала Л. П. Ануфрієва, «у деяких сферах – наприклад, у міжнародній торгівлі і мореплаванні, розрахункових та кредитно-фінансових відносинах тощо – міжнародні договори займають пріоритетне становище у правовому регулюванні окремих суспільних відносин»<sup>95</sup>.

Вважаємо, що вказаний виняток стосується також і регулювання довірчих правовідносин з іноземним елементом, що пояснюється тим, що довірчі конструкції у їх традиційному вигляді трасту не відомі у багатьох країнах. У питаннях регулювання довірчих правовідносин внутрішнє законодавство держав значною мірою відрізняється – від повного заперечення до визнання їх незамінним інструментом для досягнення цілої низки правових результатів. Саме з цих причин та

---

<sup>95</sup> Ануфрієва Л. П. Международное частное право: В 3-х т. Т. 1. – М.: Изд-во БЕК, 2002. – С. 127–128.

з метою впорядкування регулювання довірчих правовідносин з іноземним елементом були укладені міжнародно-правові договори, які на даний момент є визначальними при визначенні права, що підлягає застосуванню до таких правовідносин, а також при визначенні підсудності справ, що виникають з них.

## **2.1. МІЖНАРОДНІ ДОГОВОРИ, ЩО СТОСУЮТЬСЯ ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ**

**У**кладення міжнародних конвенцій нині є найбільш поширеним та дієвим способом подолання розбіжностей між правовими системами світу поряд із уніфікацією норм внутрішнього законодавства, хоча останнє, на думку Дж. Чешира та П. Норта, не матиме особливого успіху з огляду на принципові докорінні відмінності, що існують між правовими системами різних країн, особливо між англосаксонською та континентальною<sup>96</sup>. Як відомо, будь-яка конвенція є багатостороннім міжнародно-правовим актом і містить переважно колізійні норми, спрямовані на визначення компетентного законодавства та встановлення умов і меж його застосування<sup>97</sup>.

Міжнародні конвенції, які стосуються трастів, були підготовлені **Гаазькою конференцією з міжнародного приватного права** (*Hague Conference On Private International Law*), основна діяльність якої полягає в розробці багатосторонніх конвенцій у різних сферах міжнародного приватного права, зокрема, міжнародного співробітництва судових і адміністративних органів з питань правової допомоги, колізійного права, заповітів, нерухомості, а також довірчої власності<sup>98</sup>. Саме цією організацією були підготовлені Гаазька Конвенція про право, що застосовується до трастів та їх визнання, яка на сьогодні є центральним міжнародним актом, присвяченим трасту, та Проект конвенції про підсудність та іноземні рішення з цивільних та торго-

---

<sup>96</sup> Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / Под ред. М.М. Богуславского. – М.: Прогресс, 1982. – С. 26.

<sup>97</sup> Фединак Г. С., Фединак Л. С. Міжнародне приватне право. К.: Атіка, 2003. – С. 50–51.

<sup>98</sup> Попко В. В. Уніфікація норм міжнародного приватного права в рамках Гаазької Конференції: Автореф. канд. ... юрид. наук. – К.: КНУ ім. Т. Шевченка, 2006. – С. 11.



## 2.1. Міжнародні договори, що стосуються довірчих правовідносин...

вельних справ, який, хоча ще не набув чинності, у майбутньому може мати важливе значення для визначення підсудності спорів, що виникають з довірчих правовідносин з іноземним елементом.

Характеристику міжнародно-правового регулювання трастів ми розпочнемо з **Гаазької Конвенції про право, що застосовується до трастів та їх визнання від 1 липня 1985 року** (далі – Конвенція та/або Конвенція про трасти)<sup>99</sup>, яка на даний момент є центральним документом, що стосується регулювання довірчих відносин з іноземним елементом. Ця Конвенція не ратифікована в Україні, однак її положення становлять значний інтерес у зв'язку із активним запровадженням довірчих конструкцій у національне законодавство.

У літературі була висловлена думка, що ця Конвенція «не мала на меті запровадити концепцію трасту у національне право країн, які його не визнавали, скоріше вона мала встановити загальні колізійні норми та принципи при визначенні права, що підлягає застосуванню до трастів, як країнами, що визнають траст, так і країнами, що його не визнають»<sup>100</sup>.

Показовим з цього приводу є законодавство Італії, яке до моменту ратифікації Конвенції взагалі не визнавало конструкції трасту. Хоча в Італії все ще відсутнє трастове законодавство, але після ратифікації Конвенції про трасти італійські науковці та практики дійшли висновку, що її норми надають право особі створити «національний» траст та обрати іноземне право, яке має до нього застосовуватися. У такому разі обране іноземне право застосовуватиметься до трастових відносин, якщо не буде доведено, що траст або результати його діяльності є несумісними з публічним порядком, або якщо обране право не визнає існування трасту або конкретного виду трасту<sup>101</sup>.

Вказаний висновок ґрунтується на тому, що положення ст. 13 Конвенції є нормами прямої дії. Виходячи з вищевикладеного, можна говорити про те, що у разі ратифікації Верховною Радою України Конвенції про трасти можливе буде застосування її норм, а також норм

<sup>99</sup> Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition // [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.pdf&cid=59](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.pdf&cid=59); Radley-Gardner Oliver, Beale H. G., Zimmermann R., Schulze R. *Fundamental Texts on European Private Law*. Hart Publishing, 2003. – С. 325–333.

<sup>100</sup> Hayton D. The Hague Convention on the Law Applicable to the Trust and on Their Recognition // *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 36. No 2 (April 1987). – С. 260.

<sup>101</sup> Ubertazzi B. The Trust in Spanish and Italian Private International Law Part I. *Trusts & Trustees*. 2006, 12 (10). – P. 14–19.

інших країн для регулювання «національних» трастів без уведення у право України категорії довірчої власності у тому вигляді, як вона існує в країнах англо-американського права.

Гаазька Конвенція поширює свою дію на **трасти (довірчу власність)**, під якими розуміє *правовідносини*, встановлені за життя (*inter vivos*) або посмертно (*on death*) особою, засновником, коли майно було передано під контроль довірчого власника на користь бенефіціарія або для встановленої мети (ст. 2). Трасти повинні бути створені добровільно, а факт створення – письмово засвідчений.

Звертаємо увагу, що використовуючи формулювання «*передача майна під контроль*», Конвенція не конкретизує, чи є це передача майна: а) у власність, б) в управління, в) у зберігання тощо. Таке формулювання Конвенції критикувалося в літературі, зокрема, Д. В. Дождев наголошував на тому, що передача майна під контроль «передбачає не лише відсутність власності у довірчого власника, але і збереження права на стороні установника. Передача майна під контроль іншої особи зі збереженням власності в особи, яка передає майно», – підкреслює він, – «несумісна з елементарними вимогами логіки. Ця конструкція порушує й основоположний принцип трасту, оскільки траст може встановлюватися лише з передачею права власності»<sup>102</sup>.

Однак, існує й інший підхід до тлумачення цієї норми. Так, Голова делегації Великобританії П'ятнадцятій Гаазької Конференції, на якій було прийнято Конвенцію про трасти, Д. Хейтон стверджує, що дане положення Конвенції «очевидно презентує класичну модель англо-американського трасту, яка передбачає одночасне існування права власності на передане майно у довірчого власника та бенефіціарія»<sup>103</sup>. Крім того, дану норму Конвенції можна тлумачити так, як це роблять в Індії та Шотландії, де право власності повною мірою переходить до довірчого власника, тоді як у вигодонабувача виникають спеціальні права щодо довірчого власника, а також третіх осіб, які претендують на передане майно.

На нашу ж думку, складно погодитися із твердженням, що Конвенція запроваджує класичну модель англійського трасту, оскільки з положень Конвенції про трасти вбачається, що вона стала своєрідним компромісом між правом країн загального права та країн, у яких, хоч

<sup>102</sup> Дождев Д. В. Международная модель траста и унитарная концепция права собственности // <http://www.msses.ru/win/faculty/law/dozdev-int-model-trust.rtf>.

<sup>103</sup> Hayton D. The Hague Convention on the Law Applicable to the Trust and on Their Recognition // The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 36. No 2 (April 1987). – P. 262.

і існують деякі довірчі конструкції, інститут трасту як такий невідомий. Тому говорити про передачу майна у власність довірчому власнику, а тим більше про появу розщепленої власності не можна.

Значним позитивом Конвенції є визначення у ст. 2 і ст. 11 основних **ознак трасту**, які виокремлюють даний правовий інститут з-поміж інших та надають можливість застосовувати положення Конвенції і до трастоподібних конструкцій, що існують у різних країнах.

До **характерних ознак трасту** Конвенція відносить наступні:

1) майно складає окремий фонд та не входить до майна довірчого власника;

2) довірчий власник діє стосовно трасту від свого імені або від імені іншої особи за дорученням довірчого власника. Саме ця ознака дає змогу застосовувати Конвенцію до трастоподібних інститутів, які існують в Ізраїлі, Шрі-Ланці, Японії, Південній Америці, Аргентині, Квебеку, а також до тих, що тільки можуть виникнути у європейських та скандинавських країнах;

3) довірчий власник має права та обов'язки щодо управління, користування та розпорядження майном відповідно до умов договору та покладених на нього законом обов'язків;

4) особисті кредитори довірчого власника не мають ніяких регресних вимог до майна трасту;

5) майно трасту не становить частину майна довірчого власника при визнанні його неплатоспроможним або банкрутом;

6) майно трасту не становить ні частини спільної власності подружжя довірчого власника або його чоловіка/дружини, ні частини майна довірчого власника після його смерті;

7) майно трасту може бути витребувано, якщо довірчий власник, всупереч умовам трасту, змішав майно трасту зі своїм майном або здійснив відчуження майна трасту.

Дані ознаки досить детально характеризують довірчу власність та відповідають положенням законодавства та доктрини більшості країн, де функціонує цей інститут.

Конвенція **застосовується** до трастів, створених добровільно та засвідчених у письмовій формі безвідносно до дати створення (ст. 3, ч. 1 ст. 20 Конвенції). При цьому, як зазначають науковці, письмова форма не означає підписання установником єдиного документа про створення трасту. За його відсутності достатньо навіть листа довірчого власника, яким він підтверджує свої обов'язки.

Можна навести такий приклад. Особа А передає майно, яке знаходиться в Англії, на користь особи Б за відсутності письмового документа про створення трасту. Після такої передачі особа Б продає майно та стає резидентом, наприклад, Кіпру, де вона інвестує вилучені від продажу майна кошти. Особа А звертається із листом до особи Б з такими словами: «Звичайно, що ти продав передане тобі в Англії майно та інвестував вилучені кошти для мене. Таким чином, ти є держателем інвестованих коштів на Кіпрі на мою користь». У випадку, якщо особа Б заперечуватиме той факт, що вона є довірчим власником переданого майна, особа А звернеться до суду. При цьому суд Кіпру встановить, що «засвідчені у письмовій формі» трасти означає «достатньо» засвідчені, тобто такі, коли відсутні підстави для спору»<sup>104</sup>.

Окрім того, судовою практикою вироблено правило, за яким не вимагається у письмовому вигляді оформлювати умови довірчої власності, необхідно лише підтвердження факту заснування трасту у письмовій формі (справа *Re Tyler's Fund Trust (1967)*)<sup>105</sup>.

Згідно зі ст. 22 Конвенції вона застосовується до трастів незалежно від дати, коли вони були створені. Однак Договірна Держава може залишити за собою право не застосовувати Конвенцію до трастів, створених до дати набрання чинності Конвенції для цієї Держави. Прикладом застосування даної норми є положення закону Англії про визнання трастів від 16.04.1989 р.<sup>106</sup>, яке вказує, що Конвенція про трасти застосовується до будь-яких трастів, незалежно від того, ким або яким чином вони були створені після 01.08.1989 р. Єдиною вимогою є відповідність праву Англії.

Слід також зупинитися на тих правовідносинах, до регулювання яких Конвенція про трасти **не застосовується**.

По-перше, Конвенція не застосовується до попередніх питань, що стосуються дійсності заповітів або інших правочинів, на підставі яких майно переходить до довірчого власника (ст. 4), тобто до питань правоздатності та дієздатності осіб, які складають заповіт, форми заповіту тощо. Так, наприклад, коли йдеться про заповіти стосовно рухомого майна або про акти розпорядження майном у разі укладення

<sup>104</sup> Hayton D. The Hague Convention on the Law Applicable to the Trust and on Their Recognition // The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 36. No 2 (April 1987). – P. 263.

<sup>105</sup> Hague Conference on Private International Law. Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, adopted by the Special Commission and Report by Nygh P., Pocar F. Preliminary Document No 11 of August 2000. – P. 72.

<sup>106</sup> Recognition of Trusts Act 1987 (Overseas Territories) Order 1989 // [www.opsi.gov.uk/si/si1989/Uksi\\_19890673\\_en\\_1.htm](http://www.opsi.gov.uk/si/si1989/Uksi_19890673_en_1.htm).

## 2.1. Міжнародні договори, що стосуються довірчих правовідносин...

шлюбу та інших випадках, які тісно пов'язані із особистим статутом, основною колізійною прив'язкою при встановленні правоздатності особи є *lex domicile*<sup>107</sup>. Як вбачається із багатолітньої судової практики, при визначенні правового становища довірителя, у тому числі і заповідача, суди застосовують традиційні колізійні прив'язки, а саме: закон доміцilia установника трасту, закон місця вчинення правочину (щодо визначення форми правочину, наприклад) та закон місця знаходження майна.

По-друге, виходячи із визначення трасту та зі сфери дії Конвенції, вона **не поширюється** на регулювання інших видів фідучіарних відносин (окрім довірчої власності), які існують, наприклад, у країнах англо-американської системи права, у тому числі відносин адвоката з клієнтом, агента з принципалом тощо.

По-третє, Конвенція також **не застосовується** до:

- *трастів, створених без додержання письмової форми*, що в принципі не заборонено. Навпаки законодавство Англії та США не містить строгих вказівок стосовно форми створення трасту, проте, коли йдеться про багатюрисдикційний траст, дотримання письмової форми є обов'язковим. Порушення цієї вимоги тягне недійсність такого трасту;

- *логічно виведених трастів (resulting trusts)*, які створюються судом при «доповненні» волі установника трасту. Це відбувається у випадках, коли установчий акт або договір не містить явно вираженого бажання установника створити траст, але суд, виходячи з обставин справи, може припустити існування такого наміру. Проте, ст. 20 Конвенції дозволяє будь-якій Договірній Державі у будь-який час заявити, що положення Конвенції поширюються на трасти, визнані судовими рішеннями. Вказаним правом скористався, наприклад, Люксембург, який ратифікував Конвенцію із застереженнями, у тому числі і щодо ст. 20 Конвенції. Так, у Законі Люксембургу про ратифікацію Конвенції міститься положення, що Люксембург погоджується поширювати дію Конвенції на трасти, створені за рішенням суду<sup>108</sup>;

- *конструктивних трастів (constructive trusts)*, які спрямовані на захист від безпідставного збагачення та виникають за рішенням

<sup>107</sup> Harris J. The Hague Trusts Convention: Scope, Application, and Preliminary Issues. Hart Publishing, 2002. – P. 11.

<sup>108</sup> Matthews P. Fiducia and The Hague Trusts Convention: The New Luxembourg Law // <http://shelburne.butterworths.co.uk/truststaxestates/articles/dataitem.asp?ID=41709&tid=7>.

суду безвідносно до бажання учасників правовідносин, а іноді навіть всупереч йому. У такому випадку особа, яка, користуючись довірою іншої особи, безпідставно набула майно, визнається довірчим власником такого майна. При цьому, на довірчого власника покладається обов'язок не лише повернути майно власнику, але і здійснювати щодо нього довірче піклування. Той факт, що дія Конвенції не поширюється на конструктивні трасти, пояснюється положеннями ст. 2 Конвенції про те, що вона застосовується виключно до відносин, «створених» особою (на противагу тим, що виникають з рішення суду);

- *законних трастів (statutory trusts)*, які виникають у силу прямої вказівки закону.

Крім того, варто зазначити, що згідно зі ст. 13 Конвенції жодна Держава не зобов'язана визнавати траст, істотні складові якого, окрім вибору права, що застосовується, місця управління та звичайного місця проживання і діяльності довірчого власника, більш тісно пов'язані з Державами, які не мають інституту трасту або категорії пов'язаних трастів. Прикладом застосування даного положення Конвенції може бути випадок, коли італійський громадянин має бажання передати у траст цінні папери, держателем яких є одна із італійських компаній, на користь своїх дітей, також резидентів Італії. Для цього він призначає англійського довірчого власника. У такому випадку виникає багатюрисдикційний траст, проте, виходячи із положень ст. 13 Конвенції, остання не підлягає застосуванню до даних правовідносин, оскільки вони тісно пов'язані із Італією, тобто країною, яка не визнає конструкції трасту у національному праві<sup>109</sup>.

Варто зазначити, що переважна більшість статей Конвенції є колізійними, спрямованими на визначення права, що підлягає застосуванню. Акцент робиться на тому, що довіритель самостійно обирає право, за яким має здійснюватися управління трастом (ст. 6 Конвенції). Його волевиявлення повинно бути прямо зафіксовано у тексті документа при створенні чи письмовому посвідченні трасту (*express*) або впливати з його змісту (*implied*). У разі ж відсутності прямо вираженої волі на підпорядкування довірчих відносин певному правопорядку застосуванню підлягають традиційні колізійні прив'язки за правилами, що встановлюються Конвенцією.

---

<sup>109</sup> Kodilinye G. The Hague Convention on the Law Applicable to the Trust and on Their Recognition: Implementation in Italy // The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 43. (July 1994). – P. 655.

Конвенція про трасти набула чинності 1 січня 1992 року. На даний момент її підписали 9 країн: Італія (01.07.1985 р.), Люксембург (01.07.1985 р.), Нідерланди (01.07.1985 р.), Великобританія (10.01.1986 р.), США (13.07.1988 р.), Канада (11.10.1988 р.), Австралія (17.10.1991 р.), Франція (26.11.1991 р.), Кіпр (11.03.1998 р.). До Конвенції також приєдналися Китай (01.01.1992 р.), Мальта (01.12.1994 р.), Ліхтенштейн (13.12.2004 р.) та Сан-Маріно (28.04.2005 р.). У вищезазначених країнах (окрім Франції, Кіпру та США) Конвенція набула чинності.

Згідно зі ст. 27 Конвенції про трасти Конвенція відкрита для підписання для держав, що були учасниками 15 сесії Гаазької Конференції міжнародного приватного права. Однак, в силу ст. 28 кожна інша держава може приєднатися до Конвенції після набуття нею чинності. Оскільки Конвенція про трасти набула чинності у 1992 році, Україна має право стати її учасницею.

Отже, можна дійти **висновку**, що сфера дії Конвенції є достатньо вузькою, однак вона чітко, наскільки можливо, встановлює поняття трасту та його характеристики. Крім того, вона надає право Країнам-учасникам самостійно приймати рішення про поширення дії Конвенції на інші види трастів, про що має бути зроблено відповідне застереження. Також важливим положенням Конвенції є можливість її застосовування країнами, які не визнають конструкції трасту. Саме останнє положення Конвенції є найбільш важливим для України, яка на даний момент перебуває на стадії запровадження довірчих конструкцій у національне законодавство.

На нашу думку, ратифікація Україною Конвенції про трасти надасть змогу не лише покращити національне законодавство у сфері довірчих відносин, а й дозволить використовувати конструкцію міжнародного трасту та застосовувати до його регулювання право інших країн, які мають розвинуте трастове законодавство (як робить це, наприклад, Італія). Слід також наголосити, що положення Конвенції не передбачають виникнення «розщепленої» власності на передане майна, оскільки згідно зі ст. 2 Конвенції про трасти майно передається під контроль, а не у власність довірчого власника. З цих підстав ратифікація Україною Конвенції не призведе до автоматичного введення у національне законодавство класичного трасту – інституту, застосування якого може суперечити імперативним нормам українського законодавства.



Слід також зупинитися на міжнародних нормативно-правових актах, згідно з якими визначається підсудність справ, що виникають з довірчих правовідносин з іноземним елементом. Протягом кількох десятиків років найважливішими з них були **Брюссельська Конвенція з питань підсудності та примусового виконання судових рішень з цивільних та торговельних справ 1968 р.** (далі – Брюссельська Конвенція)<sup>110</sup> та **Конвенція Лугано про міжнародну підсудність та визнання і виконання рішень з цивільних і торговельних справ 1988 року** (далі – Конвенція Лугано)<sup>111</sup>.

**Брюссельська Конвенція** регулює питання підсудності та виконання судових рішень у цивільних та торгових справах незалежно від природи суду або трибуналу. При цьому, питання про те, чи падає конкретний фактичний склад правовідношення під дію Брюссельської Конвенції, вирішується не відповідно до закону країни суду, а виходячи з цілей та системи понять самої Конвенції (так звана автономна кваліфікація)<sup>112</sup>.

Учасниками Брюссельської Конвенції з моменту підписання стали Бельгія, Німеччина, Франція, Італія, Люксембург, Нідерланди. У 1978 році Конвенцію також підписали Данія, Ірландія та Англія, а у 1989 році – Іспанія та Португалія.

Брюссельська Конвенція встановлює загальний принцип визначення підсудності справ, який ґрунтується на тому, що компетенція суду Держав-учасниць визначається на основі місця проживання відповідача в одній з Держав-учасниць незалежно від його громадянства. При цьому кваліфікація постійного місця проживання відповідно до ст. 52 Брюссельської Конвенції має відбуватися згідно з правом країни офіційної реєстрації місця проживання.

Науковці визначили, що сфера дії Конвенції має «обмежено-всезагальний характер»: всезагальний, тому що її дія поширюється також і на громадян третьої держави, а обмежений, оскільки відповідач повинен бути доміцильований в одній з Держав-учасниць»<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 1968 // <http://www.jus.uio.no/lm/brussels.jurisdiction.and.enforcement.of.judgments.in.civil.and.commercial.matters.convention.1968/doc.html>.

<sup>111</sup> EC EFTA Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters, Lugano, 1988 // <http://www.jus.uio.no/lm/ec.efta.jurisdiction.enforcement.judgments.civil.commercial.matters.lugano.convention.1988/doc.html#157>.

<sup>112</sup> *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение. – М.: Междунар. отношения, 2003. – С. 51.

<sup>113</sup> *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Вказана праця. – С. 51.



Проте із вказаного вище загального правила Конвенцією встановлено кілька винятків, які визначають правила спеціальної юрисдикції (ст. 5), виключної юрисдикції (ст. 16) та пророгаційних угод (ст. 17).

Один із таких винятків стосується визначення підсудності справ, пов'язаних із довірчими відносинами з іноземним елементом. Зокрема, пунктом 6 ст. 5 Брюссельської Конвенції встановлено, що до особи, яка постійно проживає в одній з Держав-учасниць Конвенції і діє у якості установника довірчої власності, довірчого власника або бенефіціарія, в інтересах якого була запроваджена довірча власність, створена в силу закону, на підставі письмового документа або шляхом письмового підтвердження усної домовленості, може бути пред'явлено позов у судах Держави-учасниці Конвенції за місцем знаходження цієї довірчої власності. Для визначення, чи є місцезнаходження довірчої власності (трасту) на території Держави-учасниці Конвенції, суди якої розглядають справу, суд має застосовувати норми свого міжнародного приватного права (ст. 53 Брюссельської Конвенції)<sup>114</sup>. При цьому, положення п. 6 ст. 5 Брюссельської Конвенції є спеціальними у порівнянні із загальною нормою ст. 2.

Палата Лордів при вирішенні справи *Kleinwort Benson Ltd v Glasgow City Council (1999 р.)* вказала, що «ст. 5 частково відмінняє загальний принцип щодо доміцilia відповідача, встановленого ст. 2 Конвенції»<sup>115</sup>.

Іншими словами, згідно з Брюссельською Конвенцією до одного або кількох суб'єктів довірчих відносин з іноземним елементом може бути подано позов не лише за місцем їх постійного проживання, але і за місцезнаходженням трасту, яке визначається за нормами міжнародного приватного права країни, де розглядається справа. Прикладом застосування вказаної норми може бути подання бенефіціарієм, домі-

<sup>114</sup> Прикладом визначення місцезнаходження довірчої власності у праві окремих країн можуть бути положення ст. 36 ЦПК Грецької Республіки, яка встановлює, що спори щодо управління майном, якщо тільки це управління не здійснюється за дорученням суду, розглядаються за місцем управління. Відповідно до ст. 52 ЦПК Іспанії позови, які стосуються подання або схвалення звітів довірчого власника, подаються до суду держави, в якій ці звіти повинні бути представлені, а в разі невизначеності цього місця – до суду держави за доміцилем довірителя або довірчого власника цього майна чи за місцем управління за вибором позивача. У випадку відсутності норм, якими мають регулюватися довірчі відносини у праві країни суду, суд може визначити місцезнаходження трасту, керуючись положеннями Гаазької Конвенції про трасти 1985 року // Черняк Ю. В. Інститут підсудності в міжнародному приватному праві країн Європейського Союзу та України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: Ін-т міжнародних відносин КНУ ім. Т. Шевченка, 2006. – С. 54.

<sup>115</sup> Hayton D. Jurisdiction over trust disputes under Article 5 (6) // *Trusts & Trustees* 2008 14 (6). – P. 386.

цільованого у Бельгії, до довірчого власника, який постійно проживає в Англії, позову щодо майна, переданого у довірчу власність, яке знаходиться в Ірландії. Відповідно до загального правила, передбаченого Брюссельською Конвенцією, позов має бути поданий до англійського суду, оскільки відповідач (довірчий власник) постійно проживає в Англії. Проте в силу п. 6 ст. 5 Брюссельської Конвенції позов може бути поданий також у суд Ірландії як Держави-учасниці Конвенції, на території якої знаходиться довірча власність.

Цікаво, що ст. 5 Брюссельської Конвенції у своїй першій редакції не містила п. 6, який визначає особливості подання позову у справах, що виникають з довірчих відносин. Вона була доповнена вказаним пунктом лише у 1978 році під час приєднання Англії та Ірландії до Брюссельської Конвенції з метою поширення її дії на унікальний інститут трасту. Доповнюючи ст. 5 Конвенції, Держави-учасниці не ставили за мету врегулювати «зовнішні» правовідносини трасту, тобто ті, які виникають між довірчим власником та третіми особами відповідно до договорів, деліктів тощо. Навпаки, Сторони Брюссельської Конвенції намагалися врегулювати «внутрішні» відносини, які виникають між довірчими власниками, між особою, яка оспорує статус іншої особи як довірчого власника, між довірчими власниками та вигодонабувачами щодо майна, переданого у траст. Це пов'язано з тим, що вказані правовідносини за своєю правовою природою не можуть бути віднесені до чисто договірних або деліктних, проте вони мають свою специфіку, невідому країнам континентального права<sup>116</sup>.

Саме прагнення до правової визначеності у регулюванні довірчих відносин з іноземним елементом стало причиною включення п. 6 до ст. 5 Брюссельської Конвенції. На цьому також наголошував Європейський Суд, який при вирішенні справи *Reunion Europeene SA v Spiethof's Bevrachtungskantoor BV* (2000 p.) вказав, що ст. 5 Брюссельської Конвенції викликана необхідністю «правової визначеності для того, щоб позивач міг із легкістю визначити суд, до якого він має звертатися за захистом своїх прав, та щоб відповідач був обізнаний, у суді якої країни, окрім країни його доміцилія, до нього може бути пред'явлено позов»<sup>117</sup>.

Однак, п. 6 ст. 5 Брюссельської Конвенції стосується лише незначної частини «внутрішніх» відносин, пов'язаних із довірчою власніс-

<sup>116</sup> Hayton D. Jurisdiction over trust disputes under Article 5 (6)//Trusts & Trustees 2008 14 (6). – P. 385.

<sup>117</sup> Hayton D. Вказана праця. – P. 386.

тю. Це пояснюється, наприклад, тим, що дія Брюссельської Конвенції поширюється лише на трасти, створені на підставі закону або письмового документа, або усно з подальшим письмовим підтвердженням, тобто прямо «виражених» трастів на противагу конструктивним трастам та передбачуваним трастам (*implied trusts*).

Варто також зазначити, що ст. 17 Брюссельської Конвенції надає право сторонам, одна або кілька з яких має постійне місце проживання у Державі-учасниці, самостійно наділяти суд однієї з Держав-учасниць повноваженнями розглядати спір, що може виникнути з конкретних правовідносин. У такому випадку саме вказаний суд матиме виключно юрисдикцію розглядати вказаний спір.

Правом обирати конкретний суд для вирішення спорів, що виникають з довірчих правовідносин з іноземним елементом, наділені також і сторони трасту, які можуть зробити відповідне застереження у документі про створення трасту. Йдеться про пророгаційну угоду, «метою якої є підпорядкування зовнішньоекономічного спору юрисдикції певної держави»<sup>118</sup>. Пророгаційну угоду слід відрізнити від арбітражного застереження, спрямованого на порушення провадження справи у недержавному третейському суді – міжнародному комерційному арбітражі.

У випадку включення пророгаційної угоди до документа про створення трасту обрані суд/суди матимуть виключну юрисдикцію розглядати позови до засновника трасту, самого довірчого власника та вигодонабувача, якщо предметом позову є відносини між цими особами або їх права та обов'язки, що впливають з довірчої власності (п. 3 ст. 17 Брюссельської Конвенції).

Однак відповідне застереження у документі про створення трасту не матиме юридичної сили у тому разі, коли воно суперечитиме іншим положенням Брюссельської Конвенції або якщо інший суд/суди мають виключну компетенцію на вирішення спору в силу імперативних вимог ст. 16 Конвенції. Це може виникнути тоді, коли, наприклад, предметом позову є речові права (*rights in rem*) на нерухоме майно. У такому випадку виключною юрисдикцією на вирішення спору наділений суд тієї Держави-учасниці Конвенції, на території якої таке майно знаходиться (пп. «п» п. 1 ст. 16 Брюссельської Конвенції).

---

<sup>118</sup> Черняк Ю. В. Інститут підсудності в міжнародному приватному праві країн Європейського Союзу та України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: Ін-т міжнародних відносин КНУ ім. Т. Шевченка, 2006. – С. 11.

Як вже зазначалося вище, процесуальні норми, які визначають підсудність справ, що виникають з довірчих правовідносин з іноземним елементом, поряд із Брюссельською Конвенцією містить також і **Конвенція Лугано**. Окрім учасників Брюссельської Конвенції до неї приєдналися також Австрія, Ісландія, Норвегія, Фінляндія, Швейцарія та деякі інші країни.

Конвенція Лугано відома як «паралельна конвенція», оскільки її положення та положення Брюссельської Конвенції значною мірою тотожні, а у частині визначення підсудності справ, що виникають з довірчих правовідносин, повністю збігаються.

Більше того, представниками урядів Держав-учасниць Європейських співтовариств та Європейської асоціації вільної торгівлі, що підписали Конвенцію Лугано, було зроблено заяви, що вони вважають правомірним, щоб Суд Європейських співтовариств при тлумаченні Брюссельської Конвенції брав до уваги судові рішення, які містяться у прецедентному праві по застосуванню Конвенції Лугано. І навпаки – при тлумаченні Конвенції Лугано суди можуть брати до уваги судові рішення, які містяться у прецедентному праві Суду Європейських співтовариств та судів Держав-учасниць Європейських співтовариств по застосуванню тих положень Брюссельської Конвенції, які значною мірою відтворені у Конвенції Лугано<sup>119</sup>.

Із наведеного можна зробити висновок, що при розгляді спорів, які виникають з довірчих правовідносин з іноземним елементом, суди можуть застосовувати прецеденти, які виникли внаслідок застосування як Брюссельської Конвенції, так і Конвенції Лугано, оскільки положення зазначених конвенцій у частині, що стосується трастів, повністю співпадають.

Слід зазначити, основна відмінність між вказаними конвенціями закріплена у ст. 54 б Конвенції Лугано, згідно з якою дана Конвенція у будь-якому випадку застосовується: (а) у питаннях юрисдикції, коли відповідач доміцільований у Державі-учасниці, яка не є членом Європейських співтовариств; (в) стосовно позовів, що перебувають на розгляді або які пов'язані між собою..., коли провадження розпочато у Державі-учасниці, яка не є членом Європейських співтовариств, і у Державі-учасниці, яка є членом Європейських співтовариств; (с) у питаннях визнання та примусового виконання, коли держава, що запитує або у якої запитують, не є членом Європейських співтовариств.

---

<sup>119</sup> Ануфриева Л. П. Международное частное право: В 3-х т. Т. 3. – М.: Изд-во БЕК, 2001. – С. 758.

На сьогодні Україна як держава, що не входить до Євросоюзу, в силу ст. 60 і 63 Брюссельської Конвенції не має права приєднатися до неї, проте вона може ратифікувати Паралельну Конвенцію Лугано. Стаття 62 б Конвенції Лугано дозволяє приєднатися до неї країнам, які не є членами Європейського Союзу або Європейської Асоціації вільної торгівлі, після запрошення їх однією з Держав-учасниць. На даний момент таке запрошення вже було зроблено Україні Німеччиною, тому в Україні є можливість приєднатися до одного з найважливіших міжнародно-правових актів з питань визначення підсудності та виконання судових рішень у цивільних та торгових справах.

Оскільки протягом останніх років зростає питома вага судових спорів, які мають транскордонний характер, приєднання України до Конвенції Лугано може значною мірою спростити для її громадян та осіб, які мають в Україні постійне місце проживання, порядок визначення підсудності тих чи інших справ, у тому числі й пов'язаних із довірчими правовідносинами. Як зазначає А. С. Довгерт, Конвенція Лугано «може стати тим містком, за допомогою якого можливо з'єднати правові системи України та Західної Європи...», оскільки рішення, винесене у Державі-учасниці Луганської Конвенції 1988 року, може бути виконано і в Україні і навпаки – рішення, винесене українським судом, буде визнаватися і виконуватися на території інших Держав-учасниць Конвенції»<sup>120</sup>.

Слід зазначити, що на даний момент Брюссельська Конвенція практично для всіх членів Європейського Союзу<sup>121</sup> була замінена Регламентом № 44/2001 «Про юрисдикцію, визнання і примусове виконання судових рішень з цивільних та торгових справ»<sup>122</sup>, прийнятим Радою Європейського Союзу 22 грудня 2000 року (так званий Регламент «Брюссель І»). Регламент набув чинності 1 березня 1992 року, після чого будь-яке посилання на Брюссельську Конвенцію почало розумітися як посилання на Регламент.

У той же час Конвенція Лугано ще залишається актуальною, оскільки у порівнянні з Брюссельською Конвенцією вона має більш

<sup>120</sup> Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. Довгерта А. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – С. 315.

<sup>121</sup> Регламент не поширює свою дію на Данію, а також на Держави-учасниці, які виключені зі сфери дії Регламенту статтею 299 Угоди про створення Європейського Співтовариства. Відповідно, у цих країнах продовжує діяти Брюссельська Конвенція (п. 21–23 Преамбули до Регламенту).

<sup>122</sup> Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters // <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:EN:NOT>

широке коло учасників і дозволяє приєднання інших країн<sup>123</sup>. Хоча, як зазначають дослідники, «найближчим часом заплановано перегляд Луганської Конвенції 1988 року в чинній редакції з метою приведення її у відповідність із Брюссельською постановою № 44/2001. Прогнозується, що результатом такого перегляду... стане заміна існуючої Луганської Конвенції новою, яку буде укладено між ЄС та так званими «державами Лугано» (Норвегією, Ісландією та Швейцарією)»<sup>124</sup>.

В основу Регламенту покладено принцип, що до осіб, які мають постійне місце проживання в одній із Держав-членів, незалежно від їхнього громадянства має бути подано позов у судах цієї Держави. Особи, які не є громадянами Держави-члена, в якій вони мають постійне місце проживання, підпорядковуються правилам юрисдикції, які застосовуються до громадян цієї Держави. Для того, щоб визначити, чи має сторона постійне місце проживання у Державі-члені, суди якої розглядають спір, суд застосовує своє національне право (ч. 1 ст. 59 Регламенту).

Положення Регламенту щодо визначення підсудності справ, які виникають з довірчих правовідносин з іноземним елементом, нічим не відрізняються від відповідних положень Брюссельської Конвенції та Конвенції Лугано.

Так, ст. 5 Регламенту передбачені правила спеціальної юрисдикції та вказано, що у деяких випадках до особи, яка має постійне місцезнаходження в одній Державі-члені, може бути пред'явлено позов в іншій Державі-члені. Зокрема, відповідно до ч. 6 ст. 5 Регламенту стосовно установника довірчої власності, довірчого власника або бенефіціарія, в інтересах якого була запроваджена довірча власність, створена в силу закону, на підставі письмового документа або шляхом письмового підтвердження усної домовленості, позов може бути пред'явлено в судах Держави-члена за місцезнаходженням цієї довірчої власності.

Для того, щоб визначити, чи знаходиться довірча власність у Державі-члені, чії суди розглядають спір, суд застосовує норми міжнародного приватного права (ч. 3 ст. 60 Регламенту). Прикладом застосування наведеної норми Регламенту може бути справа *Gomez v Gomez-Monche Vives* (2008 p.)<sup>125</sup>.

<sup>123</sup> Международное частное право: учебн. / Отв. ред. Марышева И. В. – М.: Юридическая фирма «Контракт»; Волтерс Клувер, 2011. – С. 759.

<sup>124</sup> Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. Довгерт А. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – С. 315.

<sup>125</sup> Hayton D. Jurisdiction over trust disputes under Article 5 (6). *Trusts & Trustees*. 2008, No 14 (6). – P. 384.

## 2.1. Міжнародні договори, що стосуються довірчих правовідносин...

У 1984 році мешканець Іспанії заснував траст шляхом передачі трастовій компанії на острові Джерсі значної частки у Gonzales Bass & Company Ltd – компанії, розташованій на Кайманових островах. Установник обрав право Англії для регулювання відносин трасту, про що було чітко вказано у договорі про заснування довірчої власності. У 1991 році довіритель, доміцильований в Іспанії, помер, не залишивши після себе заповіту. Позивачами виступали три сини померлого, які одночасно були і вигодонабувачами згідно з документом про створення трасту. Співвідповідачами стала вдова установника трасту, а також трастова компанія Джерсі, BVI трасті та компанія Ліхтенштейну, тобто усі довірчі власники, які протягом часу існування трасту змінювали один одного. Позивачі стверджували, що, хоча вдова і була вигодонабувачем відповідно до умов трасту, довірчі власники, виплачуючи їй доходи від управління, допустили порушення трасту (*breach of trust*), оскільки вдова не мала права на їх отримання. З цих підстав вони вимагали повернення сплачених вдові коштів. Відповідачка у своїх запереченнях послалася на те, що суд Англії, до якого звернулися позивачі, є неналежним судом та не має права вирішувати даний спір в силу ч. 6 ст. 5 Брюссельської Конвенції, оскільки місцезнаходженням трасту є о. Джерсі. Однак суд при вирішенні даної справи дійшов висновку, що траст був доміцильований в Англії, оскільки доміциль трасту визначається як «система законів, з якими траст має найбільш тісний зв'язок» на противагу його географічному розташуванню. Крім того, установник визнав саме право Англії як право, що має застосовуватися до регулювання відносин трасту. Таким чином, суд вирішив, що відсутній зв'язок між трастом та правом Ліхтенштейну або Кайманових островів.

Стаття 23 Регламенту містить загальну норму, яка передбачає можливість визначення сторонами підсудності спорів між ними (йдеться про договірну підсудність). При цьому, юрисдикція судів, обраних сторонами, вважається виключною, якщо сторони не домовляться про протилежне.

Відповідно до ч. 4 ст. 23 Регламенту Брюссель I суд або суди Держави-члена, компетентні згідно з актами про довірчу власність, мають виключну юрисдикцію розглядати позови до установника довірчої власності, самого довірчого власника та бенефіціарія, якщо предметом позову є правовідносини між цими особами або їхні права і обов'язки, що впливають з довірчої власності. При цьому, домовленості або положення документа про створення довірчої власності, які надають повноваження, не мають юридичної сили, якщо вони суперечать положенням статей 13 та 17 або 21, або якщо суди, юрисдикцію яких вони намагаються виключити, мають виключну юрисдикцію



згідно з ст. 22 Регламенту. Це означає, що незалежно від суду, обраного сторонами, перевагу матимуть спеціальні положення Регламенту, які встановлюють порядок визначення підсудності спорів, що виникають із правовідносин страхування, захисту прав споживачів та трудових правовідносин.

Крім того, перевагу мають імперативні положення ст. 22 Регламенту, яка встановлює виключну компетенцію суду. Зокрема, відповідно до ч. 1 зазначеної статті відносно позовів, предметом яких є речові права (*rights in rem*) з нерухомого майна або з оренди нерухомого майна, незалежно від критерію постійного місцезнаходження, виключну юрисдикцію мають суди Держави-члена, в якій розташоване таке майно. Отже, якщо у документі про створення трасту спори між учасниками трасту щодо нерухомого майна будуть підпорядковані будь-якому іншому суду, окрім того, що знаходиться у країні місцезнаходження нерухомого майна, таке положення не матиме юридичної сили, оскільки воно прямо суперечить ст. 22 Регламенту.

Слід зазначити, що поняття речового права на нерухоме майно включає у себе виключно право володіння або право власності на нерухомість. Іншими словами, будь-які спори стосовно процедур, що стосуються нерухомого майна, не обмежені положеннями ч. 1 ст. 22 Регламенту. Так само вказана норма не поширюється на випадки подання персональних (а не речових) позовів щодо нерухомого майна. Прикладом спору, до якого б не мали застосовуватися імперативні положення зазначеної вище статті, може бути нижчевикладена справа.

У справі *Webb v. Webb (1994 р.)*<sup>126</sup> позивач звернувся до суду з вимогою про зобов'язання довірчого власника, якому було передане в управління нерухоме майно, скласти необхідні документи для набуття позивачем права власності на це майно. Суд Європейських співтовариств при вирішенні спору дійшов висновку про те, що у даній справі відсутні питання щодо нерухомого майна, тобто це є персональний, а не речовий позов.

Зазначені вище положення щодо договірної підсудності не є новими та цілком відповідають принципам автономії волі та свободи договору. Однак, у 2003 році Європейський Суд Справедливості виніс рішення, яке створило передумови, що можуть перешкодити реалізації положень Регламенту щодо договірної підсудності.

---

<sup>126</sup> Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, adopted by the Special Commission and Report by Nygh P., Pocar F. Preliminary Document No 11 of August 2000. – P. 64 // <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmpl11.pdf>.



## 2.1. Міжнародні договори, що стосуються довірчих правовідносин...

У справі *Erich Gasser GmbH v MISAT Srl (2003 p.)*<sup>127</sup> Європейський Суд Справедливості, керуючись «правилом суду, який першим прийняв справу до свого провадження», зазначив, що положення ст. 27 Регламенту має перевагу над положеннями ст. 23 Регламенту стосовно вибору сторонами компетентного суду. З цього випливає, що згідно зі ст. 27 Регламенту спір між тими ж сторонами та з тих же підстав, не може розглядатися судом, обраним сторонами у договорі у порядку ст. 23 Регламенту, якщо зазначений суд прийняв справу до свого провадження другим. У такому випадку «другий» суд повинен зупинити провадження у справі до вирішення судом, який першим прийняв справу до свого провадження, питання щодо підсудності йому справи. У випадку прийняття останнім рішення про підсудність справи йому суд, обраний сторонами у договорі, повинен буде закрити провадження у справі.

Зазначений прецедент може призвести до зловживань з боку недобросовісних учасників правовідносин, які з метою уникнення розгляду справи в суді, обраному сторонами у договорі, зможуть ініціювати розгляд справи в іншому («більш зручному») суді. Останній, будучи першим судом, що прийняв справу до свого розгляду, матиме підстави для розгляду справи на підставі ст. 27 Регламенту.

Важливо вказати, що 14 грудня 2010 року Європейською комісією опубліковано **Проект змін до Регламенту**<sup>128</sup>, який, залишаючи незмінними основні положення Регламенту, передбачає поширення дії Регламенту Брюссель I на відповідачів, доміцільованих за межами Європейського співтовариства (замість відсилки до національного права), скасування, для більшості рішень, проміжних процедур для виконання судових рішень між Державами-членами (скасування екзекватури), а також запровадження заходів щодо підвищення ефективності положень щодо вибору суду та арбітражу.

Крім того, Проект змін до Регламенту пропонує поширити дію ч. 6 ст. 5 Регламенту на позови, подані до установника довірчої власності, довірчого власника або бенефіціарія, в інтересах якого була запроваджена довірча власність, що не проживають у Державах-членах Європейського Союзу.

Водночас Проект не змінює по суті положення, що стосуються визначення підсудності справ, які виникають з довірчих правовідносин, хоча формулювання Регламенту, які перейшли у незмінному вигляді з Брюссельської Конвенції, критикувалися у літературі. Як уже зазна-

<sup>127</sup> *Dickinson A.* In the UE, we trust? A new European framework for jurisdiction and judgments. *Trusts & Trustees*, Vol. 17, No 4, May 2011. – P. 283.

<sup>128</sup> *Dickinson A.* Вказана праця. – P. 280.

чалоя, згідно з положеннями Регламенту може бути визначена підсудність справ за позовами до установника довірчої власності, довірчого власника або бенефіціарія, в інтересах якого була запроваджена довірча власність. З цього випливає, що зазначені положення не поширюються на позови стосовно інших осіб, залучених до управління трастом, таких як: протектори, осіб, які є держателями фідучіарних повноважень, агентів та адміністраторів. Зазначена прогалина може бути усунута шляхом доповнення ч. 6 ст. 5 Регламенту положенням щодо «осіб, залучених до управління довірчою власністю»<sup>129</sup>.

Крім того, доцільно було б доповнити ч. 4 ст. 23 Регламенту положенням, що суд, обраний сторонами, матиме виключну компетенцію на вирішення спору, якщо сторони не домовляться про інше (за аналогією з ч. 2 ст. 21 Регламенту). Це пояснюється тим, що, виходячи із чинної редакції ч. 4 ст. 23 Регламенту, сторони не мають права змінити підсудність справи суду, обраному в документі про створення трасту, навіть якщо вони у подальшому спільно дійдуть згоди про можливість передачі справи на розгляд іншого суду.

У контексті дослідження питання підсудності справ, що виникають з довірчих правовідносин з іноземним елементом, варто згадати про **Проект конвенції про підсудність та іноземні рішення з цивільних та торговельних справ**, робота над яким ведеться Гаазькою конференцією ще з 1992 року (далі – Проект конвенції). Остання редакція Проекту конвенції була затверджена спеціальною комісією Гаазької конференції 20 жовтня 1999 року.

Проект конвенції, як і Брюссельська Конвенція та Конвенція Лугано, встановлює загальне правило, відповідно до якого позов має подаватися до суду Держави, де відповідач має постійне місцезнаходження (ч. 1 ст. 3). Стаття 4 Проекту конвенції також надає право сторонам у належній формі обрати суд або суди, повноважні на вирішення спорів між ними.

Вказаний Проект конвенції цікавий тим, що він містить окремі статті, присвячені регулюванню виключно довірчих правовідносин. Сам термін «траст» у Проекті конвенції не визначений. Проте, згідно з ідеєю спеціальної комісії, яка займається підготовкою вказаного Проекту, даний термін має визначатися відповідно до ст. 2 Конвенції про трасти<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Dickinson A. Вказана праця. – Р. 282.

<sup>130</sup> Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, adopted by the Special Commission and Report by Nygh P., Pocar F. Preliminary Document No 11 of August 2000. – Р. 62 // <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmpl11.pdf>.

У спеціальній статті 11 Проекту конвенції під назвою «Трасти» встановлено, що у справах, що стосуються дійсності, тлумачення, дії, управління або зміни трасту, створеного добровільно та засвідченого у письмовій формі, виключну юрисдикцію матимуть суди Держави-учасниці, обрані для цього у документі про створення трасту. Якщо у документі про створення трасту обрано суд або суди Держави, що не є учасницею Конвенції, суди Держав-учасниць повинні відмовляти у прийнятті до своєї юрисдикції або призупинити провадження у справі, поки обраний суд або суди не відмовлять у прийнятті справи до своєї юрисдикції (ч. 1 ст. 11). Положення ч. 1 ст. 11 є загальними по відношенню до інших норм та визначають варіанти судових процедур, а також типів трастів, які підпадають під дію Проекту конвенції. Відповідно до Проекту конвенції дана норма має застосовуватися до судового розгляду питань, що стосуються дійсності, тлумачення, дії, управління або зміни трасту. При цьому, вона поширює свою дію виключно на «внутрішні» правовідносини трасту, тобто на спори між довірцем та довірчим власником, довірчим власником та бенефіціаром тощо. Що ж стосується спорів між учасниками трасту та третіми особами, то юрисдикція суду щодо їх вирішення має визначатися згідно з іншими положеннями Проекту.

Як і Конвенція про трасти, дія ст. 11 Проекту конвенції не поширюється на конструктивні трасти, логічно виведені трасти та трасти, створені за законом, і повинна застосовуватися виключно до трастів, створених добровільно та засвідчених у письмовій формі, як за життя учасників трасту, так і після смерті довірителя (у випадку заснування трасту на підставі заповіту). При цьому документ про створення трасту не повинен обов'язково мати форму договору – це може бути односторонній акт про створення трасту або заповіт. Навіть у тому випадку, коли траст засновано на підставі договору, до останнього не мають застосовуватися положення ч. 1 та ч. 2 ст. 4 Проекту конвенції<sup>131</sup>.

Важливо також звернути увагу на особливості визначення юрисдикції суду щодо вирішення спорів, які виникають з трасту, створеного на підставі заповіту. З одного боку, ч. 2 ст. 1 Проекту конвенції встановлено, що вона не застосовується до заповітів та порядку спадкування, з іншого боку, ч. 1 ст. 11 передбачає, що заповіт може містити норми, які визначають юрисдикцію того чи іншого суду по вирішен-

---

<sup>131</sup> Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters // Вказана праця. – Р. 63.

ню спорів, що можуть виникнути з відносин трасту, створеного за заповітом. Як зазначають розробники Проекту конвенції, у цьому немає жодної колізії, оскільки Проект конвенції не поширюється на вирішення попередніх питань, таких як дійсність заповіту, його тлумачення тощо, однак усі інші питання, які виникають у процесі управління трастом, створеним за заповітом, підпадають під дію ст. 11<sup>132</sup>.

Також необхідно зупинитися на тих положеннях Проекту конвенції, які встановлюють виключну компетенцію суду щодо регулювання тих чи інших відносин. У разі, коли документ про створення трасту містить чітку вказівку на те, який суд Держави-учасниці має розглядати спори, що виникають з даних відносин, саме вказаний суд матиме виключну юрисдикцію на їх вирішення. При цьому під терміном «суд» Проект конвенції передбачає не лише загальні, а й спеціальні суди, які діють у тій чи іншій Державі-учасниці або у Державі, яка хоча і не є учасницею, але суди якої були визнані повноважними по розгляду конкретного спору.

Проте, відповідно до ч. 3 ст. 4 Проекту конвенції домовленості у документах про створення трасту, які визначають юрисдикцію або інші пов'язані з цим умови, не матимуть юридичної сили, якщо вони суперечитимуть положенням ст. 7, 8 або 12, які стосуються договорів, укладених зі споживачами, індивідуальних трудових договорів або імперативних положень ст. 12, яка встановлює виключну компетенцію суду.

Окремо слід зупинитися на положенні ч. 2 ст. 11 Проекту, яка є принципово новою у порівнянні з положеннями Регламенту та Брюссельської Конвенції. Вона містить правила визначення підсудності справ за відсутності у документі про створення трасту чіткої вказівки на суд, повноважний на розгляд спорів, що виникають з відносин довірчої власності. За відсутності такого вибору провадження у справі може бути порушено у Державі:

a) *у якій знаходиться основне місце управління трастом*, тобто місце прямо вказане довірцем у документі про створення трасту. За відсутності відповідної вказівки таким місцем може бути постійне місцезнаходження довірчого власника або місце, де відбувається щоденне управління трастом;

b) *право якої має застосовуватися до регулювання трастом*. Документ про створення трасту може містити положення про право, що

<sup>132</sup> Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters // Вказана праця. – Р. 63.

має застосовуватися до регулювання відносин трасту. За його відсутності належне право має визначатися на підставі ст. 7 Конвенції про трасти, яка встановлює правила визначення права, з яким траст має найбільш тісний зв'язок, беручи до уваги місце управління трастом, місцезнаходження майна, переданого у траст тощо. Країни загального права, які не є учасницями Конвенції про трасти, як правило, також застосовують вказані правила. Це пояснюється тим, що ці правила повною мірою відповідають практиці визначення доміцilia трасту у країнах англо-американського права;

*с) з якою траст має найбільш тісний зв'язок у зв'язку із судовим розглядом.* Загалом, даний пункт має відповідати пунктам «а» і «б», хоча в окремих випадках країна, право якої має найбільш тісний зв'язок із трастом, та країна суду можуть не співпадати.

Для порівняння положень Регламенту Брюссель I та Проекту конвенції у питаннях, що стосуються визначення підсудності справ, які виникають з довірчої власності, розглянемо наступний приклад.

Бенефіціарій, який постійно проживає у країні А, має бажання звернутися до суду із наступними вимогами: 1) про зміну місцезнаходження трасту з країни Б до країни А; 2) про усунення довірчого власника, який має постійне місце проживання у країні В, від виконання обов'язків та 3) про призначення нового довірчого власника, доміцильованого у країні А. Свої вимоги позивач обґрунтовує тим, що існуючий довірчий власник не виконує свої обов'язки та здійснює неефективне управління переданим йому майном, чим заподіює збитки вигодонабувачу. Тому для підвищення ефективності управління трастом, необхідно змінити його місцезнаходження та призначити нового довірчого власника. Припустимо, що право на звернення до суду з такими вимогами передбачено договором про заснування трасту та законом його місця проживання.

Відповідно до положень Регламенту Брюссель I позивач може звернутися до суду країни В, де постійно проживає довірчий власник-відповідач, або до країни Б, де знаходиться траст. Проте, варто звернути увагу, що усі вимоги пов'язані ще і з країною А, оскільки саме там проживає бенефіціарій, довірчий власник, якого пропонується призначити, та саме туди має бути переміщено траст. Тобто іншими словами, суд країни А також має право претендувати на вирішення даного спору. Однак відповідно до Регламенту передача спору до суду країни А неможлива, оскільки це не передбачено його положеннями. Проте Проект конвенції дозволив би врегулювати дану ситуацію та передати вирішення цього спору до суду країни А на підставі п. «а» і «с» ч. 2 ст. 11.

Завершуючи характеристику Проекту конвенції, варто підсумувати, що у разі її прийняття вказаний міжнародний акт міг би стати наступним кроком у регулюванні питань підсудності та процедур вирішення цивільних та торгових спорів, у тому числі й тих, що виникають з довірчих правовідносин. Положення Проекту конвенції щодо трастів є, на нашу думку, більш гнучкими у порівнянні з Регламентом, оскільки передбачають можливість вибору суду не лише серед судів країни місця проживання відповідача та місцезнаходження довірчої власності, але і судів країни, з якою траст має найбільш тісний зв'язок. Розширення варіантів альтернативної підсудності може мати позитивний ефект, оскільки дозволить у кожному конкретному випадку, максимально враховуючи усі обставини справи, обирати належний суд, що є найбільш компетентним для вирішення даного спору. Однак, на нашу думку, у зв'язку із продовженням роботи над вдосконаленням положень Регламенту більш ймовірним видається внесення змін та доповнень до нього, аніж прийняття нової конвенції у редакції, запропонованій у Проекті.

## **2.2. НАЦІОНАЛЬНИЙ ЗАКОН ЯК ДЖЕРЕЛО РЕГУЛЮВАННЯ ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ**

**В**нутрішнє законодавство або національний закон відноситься до так званих «національних» джерел міжнародного приватного права. При цьому, звичним є широкий підхід до визначення вказаного поняття, тобто включення до нього не лише законів, а й підзаконних та інших нормативних актів<sup>133</sup>. При висвітленні питання щодо національного закону як джерела міжнародного приватного права дослідники, як правило, зазначають, що в деяких країнах існують спеціальні закони про міжнародне приватне право, а у інших країнах вказані норми містяться у відповідному розділі цивільного кодексу.

Враховуючи специфіку досліджуваного предмета, вважаємо за доцільне охарактеризувати основні законодавчі акти окремих країн, які регулюють довірчі правовідносини усередині тієї чи іншої країни, а також зупинитися на законах, присвячених регулюванню виключ-

---

<sup>133</sup> Луц Л. А. Вказана праця. – С. 63.

## 2.2. Національний закон як джерело регулювання довірчих правовідносин...

но довірчих правовідносин з іноземним елементом. Зрозуміло, що нормативні акти, які поширюють свою дію лише на «національні» довірчі правовідносини, можуть застосовуватися і до тих довірчих відносин, що підпадають під юрисдикцію двох і більше юрисдикцій. В останньому випадку вказані нормативні акти будуть застосовуватися тоді, коли до права відповідної країни відсилатиме обрана судом колізійна норма. Також принагідно зазначимо, що зазвичай у країнах загального права існують нормативні акти, які регулюють як «національні» довірчі відносини, так і довірчі правовідносини з іноземним елементом, або навіть один і той же нормативний акт може містити матеріальні, процесуальні та колізійні норми, що стосуються трастів.

Розпочнемо характеристику національних джерел із законів про трасти, що існують в Англії. Першим нормативним актом у даній сфері був Закон «Про довірчого власника» (*Trustee Act, 1893 p.*). У 1925 році він був замінений законом із аналогічною назвою, який до середини 90-х рр. XX ст. був основним нормативним актом, що регулював інститут довірчої власності, що застосовується при управлінні майном на користь третіх осіб, при створенні благодійних фондів, управління спадковим майном, майном недієздатних осіб та в інших цілях<sup>134</sup>.

Крім того, в Англії протягом багатьох років діяли Закон про власність (*Law of Property Act, 1925 p.*), Закон про управління майном (*Administration of Estates Act, 1925 p.*), Закон про створення та діяльність трастів, до яких передані земельні ділянки (*Settled Land Act, 1925 p.*), Закон про внесення змін до нормативно-правових актів про трасти (*Variation of Trusts Act, 1958 p.*), Закон про інвестиційні права довірчого власника (*Trustees investments Act, 1961 p.*) та ін.<sup>135</sup>. Однак, у зв'язку із розширенням сфери застосування трастів та необхідністю подальшого розвитку правового регулювання у цій сфері, виникла потреба переглянути нормативні акти, які існували протягом багатьох десятиліть. Результатом такого перегляду стала поява протягом 1996–2000 років нових законів, зокрема: Закону про траст стосовно землі 1996 р., Закону про довірчого власника, 2000 р., Закону про публічного довірчого власника, 2002 р. Позитивним наслідком таких змін стало те, що в єдиному законодавчому акті були об'єднані розрізнені положення, що стосуються передачі у довірчу власність земельних ділянок.

<sup>134</sup> Аналіз положень Закону «Про довірчого власника» див.: Практическое руководство по трасту. Куперс и Лайбрэнд. – М.: ИНФРА-М, 1995. – С. 20–22.

<sup>135</sup> Гражданское и торговое право зарубежных государств. В 2-х т. 4-е изд. Т. I / Отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. – М.: Междунар. отношения, 2004. – С. 392.



Англія також ратифікувала Конвенцію про трасти, прийнявши Закон «Про визнання трастів (заморські території)» (*The Recognition of Trusts Act 1987 (Overseas Territories) Order, 1989 p.*)<sup>136</sup>. У преамбулі до вказаного Закону зазначено, що він становить частину законодавства заморських територій, вказаних у додатку 2: для Бермудів, Британських Антарктичних територій, о. Святої Єлени, о. Вірджинії та ін.

Англійське трастове законодавство стало взірцем для наслідування для багатьох країн, які протягом тривалого часу були колоніями Англії. Це призвело до того, що частина постколоніальних країн практично дослівно перейняли в Англії Закон «Про довірчих власників» (1925 р.), Закон «Про власність» (1925 р.), а також окремі положення інших законів.

У США федеральна побудова держави наклала свій відбиток і на структуру національних законодавчих актів, у тому числі й тих, що регулюють діяльність трастів. На даний момент у США відсутній єдиний федеральний закон про трасти, проте в окремих штатах, зокрема Каліфорнії та Техасі, діють закони про довірчу власність, а у більшості інших штатів прийняті закони, що стосуються окремих видів трастів.

На загальнодержавному рівні Національною конференцією уповноважених з розробки єдинообразних законів штатів (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) були розроблені, зокрема: Єдинообразний закон про повноваження трасті, 1964 р., прийнятий у 16 штатах; Єдинообразний кодекс про затвердження заповітів (*Uniform Probate Code, 1969 p.*), стаття VII якого присвячена реєстрації трасту та управління ним, що був повністю або частково прийнятий у 18 штатах; Єдинообразний закон про розсудливого інвестора, 1994 р., прийнятого 35 штатами. Наразі Національною Конференцією було завершено розробку Єдинообразного кодексу про довірчу власність, який станом на даний час ще не був прийнятий у якості закону в жодному зі штатів<sup>137</sup>.

Окремо варто зупинитися на зібранні найбільш відомих та найчастіше цитованих у судах США судових прецедентів, зібраних у приватному порядку Американським інститутом права. Йдеться про Звід правил про довірчу власність (*Restatements of the Law of Trusts*), який, хоча і не містить норм права, увібрав у себе судові рішення з пи-

<sup>136</sup> Recognition of Trusts Act 1987 (Overseas Territories) Order 1989 // [www.opsi.gov.uk/si/si1989/Uksi\\_19890673\\_en\\_1.htm](http://www.opsi.gov.uk/si/si1989/Uksi_19890673_en_1.htm).

<sup>137</sup> Гражданское и торговое право зарубежных государств. Вказана праця. – С. 393.

## 2.2. Національний закон як джерело регулювання довірчих правовідносин...

тань, що стосуються трастів, які найбільш «гармонізують із системою американського загального права і тому найчастіше застосовуються судами»<sup>138</sup>. Також важливу роль для регулювання відносин конструктивної довірчої власності має Звід правил про реституцію (*Restatement of Restitution*). Це пояснюється тим, що у США конструктивна довірча власність розглядається не як різновид довірчої власності, а як особливий спосіб захисту, який може застосовуватися за певних обставин, перш за все, у випадку безпідставного збагачення<sup>139</sup>.

Зазначені зводи не мають нічого спільного з кодексами у розумінні країн цивільного права, оскільки вони не містять норм права, а ґрунтуються виключно на авторитеті їхніх авторів. І хоча вони широко застосовуються суддями при винесенні рішень, їх не можна вважати ані нормативними актами, ані судовими прецедентами у власне юридичному значенні цього слова. Проте вони дають досить детальне уявлення про інститут трасту в США та порядок застосовування норм права до відносин, що виникають з трасту.

У **Канаді** окрім загальних норм, що стосуються трастів, існують також два окремі закони, які регулюють довірчі правовідносини з іноземним елементом – це Закон «Про міжнародні трасти» (*International Trust Act*) та Закон «Про колізійні норми, що стосуються трастів» (*Conflict Of Laws Rules For Trusts Act*)<sup>140</sup>. При чому останній згідно зі ст. 2 застосовується виключно тоді, коли Закон «Про міжнародні трасти» не підлягає застосуванню.

Тепер зупинимось на тих національних законах, які застосовуються безпосередньо до регулювання довірчих правовідносин з іноземним елементом. Так, у зв'язку зі збільшенням популярності конструкції довірчої власності у світі протягом останніх кількох десятиріч років поряд із законами, які стосуються діяльності локальних трастів, у різних країнах починають приймати спеціальні закони, присвячені регулюванню виключно міжнародних трастів.

Одним із найбільш відомих є Закон **Кіпру** «Про міжнародні трасти» (*Cyprus International Trust Law, 1992 p.*)<sup>141</sup>, який було прийнято

---

<sup>138</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М.: Междунар. отношения, 1999. – С. 297.

<sup>139</sup> Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. К.К. Ячков. – М.: Изд-во «Международные отношения», 1966. – С. 186.

<sup>140</sup> Canada Conflict Of Laws Rules For Trusts Act, Chapter 65, 1995 // [www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/c/96065\\_01.htm](http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/c/96065_01.htm).

<sup>141</sup> The International Trust Law of Republic of Cyprus, 1992 // <http://www.fbscopyprus.com/assets/mainmenu/133/editor/THE%20INTERNATIONAL%20TRUSTS%20LAW%20OF%201992.pdf>

з метою залучення іноземних інвесторів та запровадження інституту міжнародного трасту на Кіпрі. Він ґрунтувався на чинному Законі Кіпру «Про довірчих власників» 1955 р., який у свою чергу практично повністю відтворював положення Закону Англії «Про довірчих власників» 1925 р. та був по суті його короткою версією<sup>142</sup>. Це зрозуміло, оскільки Кіпр протягом багатьох років був британською колонією та успадкував більшість положень англійського права.

На **Сейшелах** діє Закон «Про міжнародні трасти» (*Seychelles International Trust Act, 1994 p.*)<sup>143</sup>, основною особливістю якого є підвищена увага до дотримання конфіденційності міжнародних трастів, звільнення від оподаткування та юридичний захист з боку держави.

Острів **Санта Лучія** також має окремий Закон «Про міжнародні трасти» (*International Trust Act, 2002 p.*)<sup>144</sup>, який визначає порядок реєстрації міжнародного трасту, умови його дійсності, а також регулює окремі види міжнародних трастів, зокрема, благодійних, цільових тощо. Цікавим є те, що даний закон містить положення щодо визначення належного права, яке має застосовуватися до регулювання міжнародного трасту, порядок застосування іноземного права, а також повноваження суду з розгляду спорів, які виникають у зв'язку із міжнародним трастом, та судові процедури. Таким чином, Закон Санта Лучії «Про міжнародні трасти» є комплексним нормативно-правовим актом, який увібрав у себе як матеріальні норми, що регулюють різноманітні аспекти діяльності міжнародних трастів, так і колізійні та процесуальні норми права.

Закон **Барбадосу** «Про міжнародні трасти» (*International Trust Act, 1995 p.*)<sup>145</sup> визначає поняття міжнародного трасту, порядок його створення та діяльності, регулює вплив іноземного права на міжнародні трасти, створені на території Барбадосу, а також у прикінцевих положеннях визначає, які національні правові акти не поширюються на відносини, пов'язані із міжнародними актами.

Окремо варто зупинитися на трастовому законодавстві **Бермудських островів**, яке, з одного боку, є досить розгалуженим, проте, з

<sup>142</sup> Харченко Г.Г. Довірча власність у діяльності трастових компаній та довірчих товариств. – Одеса: Астропринт, 2006. – С. 57.

<sup>143</sup> Seychelles International Trust Act, 1994 (Act 26 of 1994) // <http://alteroffshore.com/International.Trusts/>.

<sup>144</sup> Saint Lucia International Trust Act No 2 of 2002 // [www.pinnaclestlucia.com/legislation/trust\\_act.htm](http://www.pinnaclestlucia.com/legislation/trust_act.htm);

<sup>145</sup> Barbados International Trust Act, 1995 // [http://www.sice.org/Investment/NatLeg/Barbados\\_Trusts\\_act.pdf](http://www.sice.org/Investment/NatLeg/Barbados_Trusts_act.pdf).

## 2.2. Національний закон як джерело регулювання довірчих правовідносин...

іншого боку, не містить окремого закону, присвяченого регулюванню виключно міжнародних трастів. У цій країні діють такі закони: Закон «Про трасти (спеціальні положення)» (*Bermuda 1989:62 Trust (Special Provisions) Act, 1989 p.*), Закон «Про довірчого власника» (*Bermuda 1975:2 Trustee Act, 1975 p.*), Закон «Про трасти (регулювання діяльності трастів)» (*Bermuda 2001:22 Trust (Regulation of Trust Business) Act, 2001 p.*), Закон «Про компанії» (*Bermuda 1981:59 Companies Act, 1981 p.*), а також Наказ про Закон «Про визнання трастів (закордонні території)» (*United Kingdom Statutory Instrument SI 1989 # 673 The Recognition or Trusts Act 1987 p. (Overseas Territories) Order, 1989 p.*)<sup>146</sup>.

Відсутність спеціального нормативного акту, присвяченого регулюванню міжнародних трастів, на нашу думку, можна пояснити тим, що вказані закони у своїй сукупності містять необхідні норми для нормального функціонування даного інституту. Крім того, Наказом про Закон «Про визнання трастів (заморські території)» у законодавство Бермудських островів фактично уведено Конвенцію про трасти, тому можна говорити про існування у цій країні розгалуженого законодавства, покликаного регулювати довірчі відносини, у тому числі й ускладнені іноземним елементом.

На даний момент Бермуди мають статус самокерованої одиниці Великобританії і не є суверенною державою, проте окремі положення їх законів щодо трастів відрізняються від класично англійських. Зокрема, Законом Бермудів «Про трасти» як і Конвенцією про трасти, передбачено, що збереження за довірцем трасту певного обсягу прав та повноважень, окрім тих, що випливають із самого існування трасту, а також той факт, що довірчий власник може мати окремі права бенефіціарія, не призводить до недійсності трасту. Саме в цьому полягає основна відмінність конструкції трасту за законодавством Англії та Бермудів<sup>147</sup>.

Закони, що безпосередньо стосуються трастів, тому числі й міжнародних, були прийняті також у Панамі, на Кайманових островах та в інших країнах. Багато в чому вказані закони містять аналогічні або дуже близькі положення, що пояснюється сильним впливом правової системи Англії. Як до звільнення та утворення незалежних держав, так і після цього право Англії відігравало значну роль у правотвор-

<sup>146</sup> Чекалин А. С., Захаров А. С. Траст по праву Бермудских островов: общие положения и особенности // Закон. – 2007. – № 10. – С. 206.

<sup>147</sup> Чекалин А. С., Захаров А. С. Вказана праця. – С. 206.

чості цих країн. Це не могло не позначитися і на законах, що мали регулювати класично англійський інститут трасту.

Вказані закони переважно містять легальне визначення поняття міжнародного трасту, сформульоване, як правило, шляхом перерахування основних ознак останнього. Деякі закони, наприклад Закон Барбадосу «Про міжнародні трасти», окрім визначення поняття міжнародного трасту дають характеристику власне трасту, під яким розуміють правовідносини, що виникають при передачі майна під контроль довірчого власника на користь бенефіціарія або для досягнення певних цілей. Формулювання «під контроль», яке застосовується у Конвенції про трасти, надає право поширювати дію вказаного закону і на трастоподібні конструкції, які не передбачають переходу права власності на передане майно.

При створенні міжнародного трасту установник повинен вказати право, що підлягає застосуванню до даних відносин. При цьому вибір права має бути зроблений у письмовій формі або явно виражений у документі про створення міжнародного трасту. Належним свідченням того, що траст має підпорядковуватися праву відповідної країни (наприклад, Багамів), є формулювання про те, що право цієї країни є: «дійсне», «чинне», або «вирішальне» за даних обставин. Аналогічні формулювання мають застосовуватися у тих випадках, коли йдеться про вибір права вказаної країни як права, що має регулювати окремі аспекти трасту, визначати компетентний суд тощо<sup>148</sup>. У разі, якщо обране установником право не визнає конструкції трасту або пов'язаних із ним категорій, такий вибір визнається недійсним. У такому випадку траст регулюється правом, що має з ним найбільш тісний зв'язок.

Якщо проаналізувати положення законів різних країн, які встановлюють критерії для визначення права, що має найбільш тісний зв'язок з трастом, то можна помітити, що вони дуже подібні. До таких критеріїв закони відносять, зокрема: місцезнаходження майна, переданого у траст, місце управління трастом, вказане установником, місце реєстрації або ведення бізнесу довірчим власником тощо. Більшість законів про міжнародні трасти передбачають також право установника змінити право, що має застосовуватися до трасту. Єдиною умовою для цього є те, що новообране право повинно визнавати юридичну дійсність трасту та не порушувати права вигодонабувачів.

---

<sup>148</sup> The Trident Practical Guide to International Trusts. Chancellor Publications Limited, 2004. – P. 4.

## 2.2. Національний закон як джерело регулювання довірчих правовідносин...

Загальний порядок створення та діяльності, а також повноваження учасників міжнародного трасту були розглянуті у попередньому розділі, тому ми не зупинятимемося на їхній характеристиці.

Варто лише наголосити, що закони про міжнародні трасти спрямовані на максимальне забезпечення конфіденційності будь-яких аспектів міжнародного трасту з моменту його створення і до моменту припинення його діяльності, а також зменшення оподаткування прибутку, отриманого від управління. Саме ці положення законів у вказаних країнах роблять міжнародний траст надзвичайно привабливим.

Тепер необхідно зупинитися на положеннях законодавства країн континентальної системи права. Як відомо, у країнах цивільного права існують конструкції, які можуть бути віднесені за характерними ознаками до довірчих (*Fiducia Cum Amico*, *Privative Mandate* та *Bewind* у Нідерландах; *Fiducia Cum Amico* в Іспанії та Швейцарії; *Fiduziarische Treuhand* та *Treuhandkonto* у Німеччині; *Fiducia* у канадській провінції Квебек)<sup>149</sup>, однак у законодавстві цих країн переважно відсутні окремі закони, які б стосувалися безпосередньо довірчих правовідносин з іноземним елементом. Окремі колізійні норми, які за певних обставин можуть бути застосовані до таких правовідносин, містяться у законах про міжнародне приватне право (або їх відповідниках) і стосуються, як правило, порядку визначення права, що має застосовуватися до правочину. Це пояснюється тим, що у країнах, що відносяться до континентальної системи права, довірчі правовідносини виникають переважно з договору довірчого управління майном або із заповіту у разі передачі спадкодавцем майна в управління на користь певної особи або осіб.

Прикладом цього можуть бути положення Закону **Швейцарії** «Про приватне міжнародне право», відповідно до якого суди визнають трасти та не перешкоджають їх заснуванню, якщо ті створюються відповідно до норм прецедентного права в юрисдикції, обраній сторонами. Даний принцип застосовується незалежно від того, чи створений

---

<sup>149</sup> Див., наприклад: Генкин А. С. Вказана праця. – 220 с.; Дождев Д. В. Международная модель траста и унитарная концепция права собственности // <http://www.msse.ru/win/faculty/law/dozdev-int-model-trust.rtf>; Харченко Г. Г. Довірча власність у діяльності трастових компаній та довірчих товариств. – Одеса: Астропринт, 2006. – 168 с.; Онищенко Г. В. Характеристика довірчих конструкцій у країнах континентального права // Підприємство, господарство і право. – 2008. – № 7 (151). – С. 65–68; Очерки международного частного права / Под ред. проф. А. Довгерта. – Х.: ООО «Одиссей», 2007. – 816 с.; Loughlin P.J. The Domestication Of The Trust: Bridging The Gap Between Common And Civil Law // <http://www.jurisconsultsgroup.com/trusts.htm> та ін.

траст згідно з договором, чи згідно з будь-яким його аналогом, або як складова частина корпорації. Цим же законом передбачено, що громадяни інших держав, які постійно проживають у Швейцарії, можуть з власної волі вказувати у заповіті, що до їхнього майна повинно застосовуватися законодавство про спадкування тієї країни, громадянами якої вони є, що дозволяє громадянам інших країн з прецедентним правом вільно розпоряджатися своєю власністю, у тому числі і засновувати спадкові трасти, незважаючи на положення швейцарського закону про обов'язкове спадкування<sup>150</sup>.

У **Німеччині** відповідно до чинних норм траст може бути визнаний судом дійсним навіть у тому разі, коли він заснований резидентом або громадянином Німеччини, за умови, якщо майно, передане у траст, знаходиться за межами держави. У такому випадку та якщо будуть виявлені істотні зв'язки з іншою юрисдикцією німецький суд на підставі власних колізійних норм повинен буде застосувати іноземне право, звичайно, якщо його застосування не суперечитиме публічному порядку Німеччини<sup>151</sup>.

А ось в **іспанському** міжнародному приватному праві відсутні колізійні прив'язки, які стосуються трасту, тому єдиним виходом для судів у такій ситуації є спроба віднайти юрисдикцію, яка є найбільш пов'язаною із трастом, беручи до уваги усі обставини справи: місце управління трастом, місцезнаходження довірчого власника, місцезнаходження рухомого і нерухомого майна<sup>152</sup>.

Як уже зазначалося, у цивільних кодексах пострадянських держав, у тому числі Російської Федерації, Республіки Білорусія, Вірменії, Узбекистану, Казахстану та ін., було запроваджено довірче управління майном. Проте, цікаво, що законодавство вказаних держав по-різному підійшло до колізійного регулювання нового для них інституту.

Зокрема, законодавство **Росії та Узбекистану** не містить жодної спеціальної колізійної норми, спрямованої на визначення права, що має застосовуватися до договору довірчого управління майном за відсутності згоди сторін про вибір права. Натомість вказано, що у такому випадку до договору застосовується право країни, з яким договір

<sup>150</sup> *Bummep Ж.* Применение трастов в Швейцарии // <http://offshoredir.ru/evropa/Shvejcarija-Primenenie-trastov-v-Shvejcarii>.

<sup>151</sup> *Харченко Г.Г.* Довірча власність у діяльності трастових компаній та довірчих товариств. – Одеса: Астропринт, 2006. – С. 64.

<sup>152</sup> *Ubertazzi B.* The Trust in Spanish and Italian Private International Law Part II. Trusts & Trustees Advance Access published online on February 16, 2007. – P. 10.



## 2.2. Національний закон як джерело регулювання довірчих правовідносин...

найбільш тісно пов'язаний, тобто право країни, де знаходиться місце проживання або основне місце діяльності сторони, яка здійснює виконання, що має вирішальне значення для змісту такого договору (ст. 1211 ЦК Російської Федерації<sup>153</sup>, ч. 1 ст. 1190 ЦК Узбекистану<sup>154</sup>). Наголосимо, що цивільні кодекси вказаних держав не уточнюють, котра зі сторін договору довірчого управління є тією стороною, яка здійснює виконання, що має вирішальне значення для змісту договору. Враховуючи специфіку інституту довірчого управління майном, можна дійти висновку, що стороною, яка здійснює виконання, що має вирішальне значення для змісту договору, є довірчий управитель як найбільш активний учасник таких правовідносин, тому, на нашу думку, за відсутності вибору сторонами права, що має застосовуватися до договору довірчого управління майном, таким правом вважатиметься право країни, де має постійне місце проживання або основне місце діяльності довірчий управитель. Якщо згідно договору про довірче управління майном існує кілька довірчих управителів, кожен з яких проживає або здійснює свою діяльність у різних країнах, то, на нашу думку, має застосовуватися право країни, яка має найбільш тісний зв'язок з договором, що має визначитися у кожному випадку окремо, виходячи з обставин справи.

Виняток з цього правила становить визначення права, що підлягає застосуванню до договору стосовно нерухомого майна. У Росії до такого договору за відсутності вибору сторін належного права застосовується право країни, з якою договір найбільш тісно пов'язаний, яким вважається, якщо інше не впливає із закону, умов чи сутності договору або сукупності обставин справи, право країни, де знаходиться нерухоме майно (ст. 1213 ЦК Російської Федерації). В Узбекистані за відсутності згоди сторін договору про право, що підлягає застосуванню, незалежно від положень ч. 1 даної статті до договору про нерухоме майно застосовується право країни, де це майно знаходиться (ч. 2 ст. 1190 ЦК Узбекистану). Отже, якщо предметом договору довірчого управління майном є нерухоме майно, то належним правом має бути визнано право країни місцезнаходження такого майна.

Інакше питання колізійного регулювання договору довірчого управління майном було вирішено у **Білорусі, Вірменії та Казахстані**. У цих країнах діє спеціальне положення, згідно якого до прав

<sup>153</sup> Гражданский Кодекс Российской Федерации. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект. – 2005.

<sup>154</sup> Гражданский кодекс Республики Узбекистан от 29.08.1996 г. № 257-I // [fmc.uz/legisl.php?id=k\\_grajd](http://fmc.uz/legisl.php?id=k_grajd).

та обов'язків за договором, предметом якого є нерухомість, а також за договором довірчого управління майном застосовується право країни, де таке майно знаходиться, а стосовно майна, яке зареєстровано у відповідній країні – право цієї країни (ч. 2 ст. 1125 ЦК Республіки Білорусь<sup>155</sup>, ч. 2 ст. 1113 ЦК Казахстану<sup>156</sup>, п. 1 ч. 2 ст. 1285 ЦК Вірменії<sup>157</sup>). Тобто незалежно від правового режиму майна, переданого у довірче управління, до нього має застосовуватися право його місцезнаходження або державної реєстрації.

Вказаний підхід критикується у літературі. Зокрема, білоруський дослідник Я.І. Функ наголошує, що «при такій регламентації вказаних відносин не враховано, що в якості предмета договору довірчого управління майном може виступати як рухоме, так і нерухоме майно або майно, що є предметом одного договору, може знаходитися у різних країнах. У такому випадку, якщо слідувати буквальному тлумаченню закону, до кожного із предметів договору буде застосовуватися право різних держав. Однак норми та навіть принципи двох правових систем можуть не співпадати і умови, які будуть абсолютно правильними і законними для одного права, можуть бути недійсними стосовно іншого права. А це призведе до того, що угода одночасно може розглядатися і як дійсна, і як недійсна, що суперечить самій суті права»<sup>158</sup>.

На нашу думку, така категоричність є передчасною, однак раціональне зерно у вказаному зауваженні, справді, є. Дійсно, якщо уявити, що предметом договору довірчого управління є майно (у тому числі і рухоме), що знаходиться у різних країнах, довірчому управителю на практиці буде досить складно здійснювати управління цим майном на підставі законодавства різних держав. Крім того, дослідник має рацію, що внаслідок такого формулювання правової норми об'єктивно збільшується можливість випадків визнання окремих положень договору довірчого управління майном недійсними за правом різних держав, зважаючи на істотну різницю в регламентації довірчих конструкцій у різних країнах.

<sup>155</sup> Гражданский кодекс Республики Беларусь. – Мн.: Право и экономика, Серия «Юридическое обозрение», 2006. – 521 с.

<sup>156</sup> Гражданский кодекс Республики Казахстан от 1 июля 1999 г. № 409-І // [base.zakon.kz/doc/lawyer](http://base.zakon.kz/doc/lawyer).

<sup>157</sup> Гражданский Кодекс Республики Армения от 17 июня 1998 года // [www.base.spininform.ru/show\\_doc.fwx?regnom=2998&page=1](http://www.base.spininform.ru/show_doc.fwx?regnom=2998&page=1).

<sup>158</sup> Функ Я. І. Курс внешнеэкономического права: основные внешнеэкономические сделки / Я. И. Функ, Д. А. Калимов, В. П. Сергеев / Под ред. Я. И. Функа. – Мн.: Изд-во деловой и учебной литературы, 2007. – С. 65.

Що стосується **України**, то колізійні норми щодо договірних зобов'язань розміщені у Розділі VI Закону «Про МПП». Статтею 43 вказаного Закону реалізовано принцип автономії волі та передбачено право сторін самостійно обирати право, що має застосовуватися до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України. Згідно з ч. 2 ст. 32 Закону України «Про МПП» у разі відсутності вибору права держави застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правочином. Відповідно до ст. 44 Закону України «Про МПП» таким правом визнається право держави, в якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту правочину (управитель), має своє місце проживання або місцезнаходження, якщо інше не передбачено або не впливає з умов, суті правочину або сукупності обставин справи.

Таким чином, різні країни неоднаково підходять до регулювання довірчих правовідносин з іноземним елементом. Звичайно, у країнах, які мають усталені традиції використання конструкції трасту, були прийняті і відповідні закони, у тому числі й ті, що регулюють виключно міжнародні трасти. Що ж стосується країн континентального права, то в їхньому законодавстві можна віднайти лише загальні норми, які стосуються довірчих конструкцій, а також окремі колізійні норми з цих питань. Національне законодавство України вирішує питання колізійного регулювання загалом подібно до інших пострадянських держав. При цьому, на нашу думку, воно є трохи більш прогресивним, оскільки Закон України «Про МПП» прямо вказує, котра зі сторін договору управління майном здійснює виконання, що має вирішальне значення до договору управління, що спрощує процес вибору права, яке підлягає застосуванню до такого договору за відсутності вибору сторін належного права.

## **2.3. ЗНАЧЕННЯ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ І СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ДЛЯ РЕГУЛЮВАННЯ ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ**

**С**удовий прецедент відіграє особливо важливу роль у регулюванні довірчих правовідносин з іноземним елементом з огляду на те, що трасти, які становлять серцевину таких відносин, є дітищем

сім'ї загального права. Традиційно склалося, що судовий прецедент є головним джерелом права Англії, США, а також інших країн, які вибудовували свої правові системи за англійським взірцем. У цих країнах виникало так зване прецедентне право, під яким розуміють «право, що складається з норм та принципів, які створюються та застосовуються суддями у процесі винесення ними рішення»<sup>159</sup>.

Як зазначає Б. В. Малишев, «судовий прецедент – це акт правотворчості у вигляді закріпленого у судовому звіті рішення (вироку) одного з вищих судів по конкретній справі, правовий принцип вирішення (*ratio decidendi*) якої являє собою норму права, при цьому юридична сила прецеденту залежить від ієрархічного становища як суду, що його створив, так і суду, що розглядає схожу справу»<sup>160</sup>. Інший дослідник М. М. Марченко вказує, що принцип судового прецеденту (*stare decisis*) може дещо відрізнятися у різних країнах, але загалом він означає «обов'язок судових органів, що розглядають подібні справи, слідувати загальним нормам (або нормі) під назвою *ratio decidendi*, що становить «юридичну суть» будь-якого судового прецеденту»<sup>161</sup>.

Основою будь-якого прецеденту є *ratio decidendi*, тобто сутність рішення, яка містить норму права, та *obiter dictum* («висловлене побіжно»), або, іншими словами, хід міркувань судді, які носять допоміжний характер та не є обов'язковими для застосування при вирішенні наступних справ. Залежно від складності справи, кола питань, що мають бути досліджені при вирішенні справи, у рішенні може бути кілька *ratio decidendi*.

Зазвичай правом формулювати судові прецеденти наділені вищі суди тієї чи іншої держави: в Англії – це Палата лордів, Апеляційний суд, Високий суд та Суд Корони; у США – Верховний суд США та апеляційні суди штатів; в Австралії – федеральний Верховний Суд та верховні суди штатів і територій, у Канаді – Верховний Суд та вищі суди провінцій, у Шотландії та Ірландії – вищі суди.

Варто наголосити, що судові прецеденти однієї країни можуть мати обов'язкове значення для судів іншої. Особливо це стосується прецедентів Англії та США, які можуть застосовуватися, а іноді й мають перевагу над рішеннями місцевих судів в Австралії (до 60-х рр.

<sup>159</sup> Кросс Р. Прецедент в английском праве / Под ред. Ф. М. Решетникова. – М.: Юридическая литература, 1985. – С. 25.

<sup>160</sup> Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект): Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К.: КНУ ім. Т. Шевченка, 2002.

<sup>161</sup> Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. – М.: Проспект, 2008. – С. 87.

XX ст.), у Канаді, Шотландії та Ірландії<sup>162</sup>, що дає підстави говорити про «наддержавний характер» судового прецеденту в країнах англо-американської правової сім'ї<sup>163</sup>.

За роки існування інституту трасту у країнах загального права, перш за все Англії та США, судами вказаних країн були вироблені численні судові прецеденти, які визначають категорію трасту, поняття різних видів трастів, права та обов'язки учасників трасту, порядок його створення, управління майном, переданим у довірчу власність, відповідальність довірчого власника тощо. Більшість з вказаних категорій та понять є загальновідомі та існують протягом багатьох років саме у вигляді *ratio decidendi*, не будучи закріпленими у жодному нормативно-правовому акті. Тому при регулюванні довірчих правовідносин, ускладнених іноземним елементом, застосування вказаних судових прецедентів є необхідним.

Прикладом цього може бути один із найбільш відомих судових прецедентів *Knight v. Knight (1840 p.)*<sup>164</sup>, у *ratio decidendi* якого встановлено, що для створення трасту необхідні три «визначеності»: 1) «визначеність» наміру засновника трасту, 2) «визначеність» суб'єктів та 3) «визначеність» об'єкта, тобто майно, що передається. Незалежно від того, чи підпадають довірчі правовідносини під дію одного чи кількох правопорядків, суди при вирішенні питання, чи були доримані вказані вище умови при створенні трасту чи ні, мають враховувати вказаний прецедент.

Така ж ситуація повинна мати місце і в інших випадках регулювання довірчих правовідносин з іноземним елементом, тобто у разі існування прецеденту він повинен бути застосований судом. Більше того, у разі, коли суддя ухиляється від застосування прецеденту, на який він зобов'язаний послатися у даній конкретній справі, це може поставити під сумнів його об'єктивність і неупередженість та стати підставою для «звільнення його від посади»<sup>165</sup>.

Основною відмінністю у регулюванні правовідносин, що підпорядковані одному правопорядку, та правовідносин, ускладнених іноземним елементом, є те, що в останньому випадку необхідно також визначити, матеріальне право якої країни слід застосовува-

<sup>162</sup> Стрельцова О. Співвідношення понять судового прецеденту та судової практики (теоретичний аспект) // Право України. – 2004. – № 10. – С. 137; Бойцова В. В., Бойцова Л. В. Судебный прецедент: зарубежный опыт и российские перспективы // Рос. судья. – 1999. – № 3. – С. 15.

<sup>163</sup> Стрельцова О. Вказана праця. – С. 138.

<sup>164</sup> Ramjohn M. Cases & Materials on Trusts. Routledge Cavendish, 2004. – P. 45.

<sup>165</sup> Кросс Р. Вказана праця. – С. 112.

ти до вказаних відносин. Якщо колізійна норма відсилає до права країни, яка визнає судовий прецедент джерелом права, то він обов'язково має застосовуватися як джерело права, що містить правову норму. Це пояснюється тим, що «суди зв'язані всіма положеннями, незалежно від того, коли вони були сформульовані і як часто вони застосовувалися, до тих пір, поки те чи інше положення не буде прямо скасовано відповідним актом парламенту»<sup>166</sup>. Більше того, застосування судового прецеденту для представника країни загального права підтвердить, що норма закону була віднайдена та витлумачена правильно, оскільки в їхньому розумінні норма закону, не підтверджена практикою, є мертвою. Як наголошував А. Деннінг, «теоретично судді не створюють права, вони лише роз'яснюють його, однак ніхто не знає, якою є норма права, поки суддя її не сформулює, відповідно, суддя творить право»<sup>167</sup>.

На нашу думку, окремі судові прецеденти можуть також застосовуватися навіть судами тих країн, національне право яких не визнає прецедент джерелом права. Це можливо, коли у національному праві, яке було визначено за допомогою відповідної колізійної норми, відсутні норми, що можуть бути застосовані до конкретних правовідносин. У такому випадку судовий прецедент відіграватиме, звісно, допоміжну роль, проте він все одно має бути врахований судом.

Окремо слід зупинитися на **рішеннях Європейського Суду з прав людини**, які, на думку науковців, за своєю правовою природою відрізняються від прецедентів, що існують у країнах англо-американської системи права, хоча у них «отримують конкретизацію принципи та міжнародно-правові норми загального характеру»<sup>168</sup>. Дослідники стверджують, що «прецеденти Європейського Суду формують зміст європейських стандартів захисту конвенційних прав».

Слід зазначити, що у тексті Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод<sup>169</sup> відсутня пряма вказівка на те, що рішення Європейського Суду для держав-учасниць Конвенції у справах, у яких вони не були сторонами, є обов'язковими. Це призводить до того, що

<sup>166</sup> Нарышкина Р.Л. Источники гражданского и торгового права буржуазных государств. – М.: Ун-т дружбы народов им. П. Лумумбы, 1965. – С. 29.

<sup>167</sup> Нарышкина Р.Л. Вказана праця. – С. 31.

<sup>168</sup> Применение Европейской конвенции о защите прав человека в судах России / Под ред. Буркова А.Л. – Екатеринбург: Изд-во Урал. ун-та, 2006. – С. 86.

<sup>169</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 32 (23.08.2006). – Ст. 2371.

### 2.3. Значення судового прецеденту і судової практики для регулювання...

на даний момент не існує єдиного загальновизнаного підходу до того, чи можна вважати зазначені рішення прецедентами, що містять норми права, обов'язкові до застосування, чи ні. Це пояснюється тим, що частина країн, що входять до Європейського Союзу, не визнають прецедентного права. Тому перший підхід «асоціюється з категоричним запереченням правотворчої функції судового органу – основного носія судової влади Європейського Союзу, і, відповідно, із запереченням прецедентного характеру рішень, що ним приймаються..., а суть другого підходу... зводиться до прямо протилежного»<sup>170</sup>.

Прихильники другого підходу говорять про прецедентний характер рішень Європейського Суду та про необхідність розглядати їх у тому числі в якості актів, що містять загальні норми права. Тому рішення Європейського Суду є обов'язковими для країн, стосовно яких вони були прийняті, а також для самого Суду. Досліджуючи природу прецедентних норм, включених до тексту постанов Європейського Суду, Л. А. Кучін зазначає, що «юридична обов'язковість даних норм ґрунтується на визнанні державою юрисдикції Суду»<sup>171</sup>, тому «на практиці вони стають обов'язковими і для інших держав – у тому значенні, що вимагають приводити національне законодавство та практику у відповідність із конкретизованими у постановах Європейського Суду положеннями Конвенції»<sup>172</sup>.

Враховуючи високу значимість рішень Європейського Суду з прав людини у світі, можна говорити про те, що вони мають важливе значення і для формування уніфікованої судової практики у спорах, що виникають з довірчих правовідносин з іноземним елементом.

Окремо варто зупинитися на понятті **судової практики**, яке часто застосовується як у науковій літературі, так і в законодавстві. Незважаючи на поширеність вказаного поняття, на даний час відсутнє єдине його визначення. Так, поняття судової практики у *широкому* розумінні охоплює діяльність всіх судових органів і всі без винятку рішення, що приймаються цими органами, тоді як у *вузькому* значенні цей термін має вибірковий характер та охоплює лише певну частину рішень<sup>173</sup>.

<sup>170</sup> Марченко М. Н., Дерябина Е. М. Право Европейского Союза. Вопросы истории и теории: учебн. пособие. – М.: Проспект, 2010. – С. 165.

<sup>171</sup> Кучин М. В. Прецедентное право Европейского суда по правам человека. – Екатеринбург: Изд-во Урал. ун-та, 2004. – С. 39.

<sup>172</sup> Применение Европейской конвенции о защите прав человека в судах России. Вказана праця. – С. 87.

<sup>173</sup> Марченко М. Н. Вказана праця. – С. 109.



Не заглиблюючись в аналіз існуючих підходів, зазначимо, що у даній роботі поняття судової практики ми розумітимемо як результат узагальнення окремих судових рішень при вирішенні конкретних справ, наслідком чого є виявлення загальних закономірностей дії тієї чи іншої норми права.

Судова практика не визнається джерелом права ані в країнах загального права, ані в країнах континентального права. У першому випадку це пояснюється тим, що джерелом права в англо-американських країнах є судовий прецедент, який повинен відповідати певним умовам та містити *ratio decidendi*, а другому випадку це пояснюється тим, що судді взагалі не уповноважені державою формулювати нові норми права.

Отже, основна відмінність між судовим прецедентом та судовою практикою полягає у тому, що судова практика – це правозастосування, результат (або сукупність результатів) тлумачення норм, тоді як судовий прецедент як джерело права – є результатом правотворчості<sup>174</sup>. Крім того, як слушно зауважує Г.Ю. Федосєєва, поняття «судовий прецедент» застосовується до рішень суду у конкретній справі, а термін «судова практика» – до постанов Пленуму Верховного Суду або роз'яснень Вищого арбітражного суду<sup>175</sup>. В Україні, Росії та деяких інших країнах ці акти видають з метою узагальнення судової практики з розгляду вищими судами тієї чи іншої країни справ різних категорій. Як зазначає В.І. Кисіль, такі «роз'яснення й тлумачення нерідко виступають керівними приписами для судів за наявності прогалин у законодавстві, а це, своєю чергою, сприяє доповненню і вдосконаленню відповідних нормативних актів»<sup>176</sup>. Дійсно, судова практика відіграє важливу роль у країнах континентального права, допомагає забезпечити одноманітність у правозастосуванні та створює передумови для єдиного тлумачення одних і тих самих положень законодавства.

Що ж стосується застосування судової практики судами при вирішенні спорів, що виникають з довірчих правовідносин, ускладнених іноземним елементом, то, на нашу думку, суди мають враховувати її при винесенні рішень. Довірчі правовідносини в їхньому класичному вигляді трасту почали визнаватися окремими країнами континентального права порівняно недавно. Вказані країни переважно не містять

<sup>174</sup> Агарков М.М. Применение советским судом иностранного права // Проблемы социалистического права. 1938. – № 3. – С. 162–164.

<sup>175</sup> Федосеева Г.Ю. Международное частное право. – М., 1999. – С. 52.

<sup>176</sup> Кисиль В.І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. – К.: Україна, 2005. – С. 61.

у національному праві норм, що застосовуються до регулювання довірчої власності, та зазвичай не визнають судовий прецедент як джерело права, тому використання саме судової практики може за певних умов спростити завдання судді при вирішенні конкретного спору. При цьому іноді навіть неважливо, чи є вказана судова практика результатом діяльності суду країни, де розглядається дана справа, чи іншої країни. Наприклад, якби перед українським суддею постала необхідність вирішувати певне питання, що стосується довірчих правовідносин, то за відсутності усталеної судової практики в Україні з цього питання, на нашу думку, він би міг взяти до уваги судову практику, приміром, Російської Федерації чи іншої країни континентального права (за її наявності, звісно), зважаючи на спільність правових традицій та близькість правових систем.

Окрім того на даний час уже існує судова практика міжнародних судів, які вирішують спори, що виникають з довірчих правовідносин, ускладнених іноземним елементом, виходячи з положень Гаазької Конвенції про трасти, Регламенту Брюссель I, Брюссельської Конвенції, Конвенції Лугано тощо. Рішення таких судових органів в силу свого авторитету є показовими при застосуванні тих чи інших положень міжнародних конвенцій та *de facto* є обов'язковими для врахування іншими судами при вирішенні аналогічних справ.

## **2.4. РОЛЬ ЗВИЧАЮ, ЗВИЧАЄНОСТІ ТА ЗАВЕДЕНОГО ПОРЯДКУ ДЛЯ РЕГУЛЮВАННЯ ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ**

**З**вичаї, традиції, узвичаєності відіграють важливу роль у повсякденному житті кожної людини, встановлюючи спрямованість її поведінки. Під *звичаєм*, як правило, розуміють «форму поведінки людей, яка в результаті багаторазового повторення в часі й просторі набуває певної стійкості, закріплюється в практичному досвіді, психології, а також ідеології тієї чи іншої соціальної групи»<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> Толкачова Н. С. Звичаєве право. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2005. – С. 51.

У той же час під *правовим звичаєм* розуміється правило поведінки, що склалося в результаті багаторазового повторення людьми певних дій, що санкціоноване та забезпечуються державою<sup>178</sup>. Отже, основною відмінністю між «простим» та правовим звичаєм є те, що останній санкціонується державою. Це, як слушно зауважує Н.Є. Толкачова, може мати місце у процесі судової або адміністративної діяльності шляхом офіційного закріплення в нормативних актах можливості використання правового звичаю для регулювання певних суспільних відносин, «мовчазної згоди» влади на фактичне використання правового звичаю в певних правовідносинах, включення правових звичаїв до законодавчих актів або використання їх у судовій практиці<sup>179</sup>.

Ставлення до звичаїв у різних країнах неоднакове. Переважна більшість держав визнає правові звичаї субсидіарним джерелом права, яке має застосовуватися за відсутності необхідної норми права, закріпленої у нормативному акті або судовому прецеденті (для країн, які визнають судовий прецедент джерелом права). Як зазначає Д.І. Мейєр, «звичай породжує право для громадян та впливає на дійсність»<sup>180</sup>, зокрема, він може застосовуватися при визначенні юридичних відносин, не врегульованих законодавством, при тлумаченні закону і навіть «для відміни закону..., у такому випадку звичай виводить закон з використання, підточує його непомітно»<sup>181</sup>.

Оскільки традиційний англійський інститут трасту протягом багатьох років був невідомий країнам цивільного права, то логічно зробити висновок, що у вказаних країнах навряд чи можуть існувати звичаєві норми щодо його застосування. Що ж стосується інших довірчих конструкцій, то вони закріплені у нормативних актах та також є порівняно новими.

Взагалі, траст, як відомо, є породженням права справедливості. Канцлер, до якого зверталися за захистом, вирішував справи, чим створював судові прецеденти, які містили норми права. У подальшому трасти поступово почали отримувати також і нормативне регулювання. Тому історично складалося так, що саме судові прецеденти та закони, але аж ніяк не звичаї повинні були регулювати відносини довірчої власності.

<sup>178</sup> Скакун О. Ф. Теория государства и права. – Х.: Консум; Ун-т внутр. дел., 2000. – С. 335.

<sup>179</sup> Толкачова Н. Є. Вказана праця. – С. 67, 73.

<sup>180</sup> Мейєр Д. И. Русское гражданское право (в 2-х ч.). – М.: Статут (Классика российской цивилистики), 2003. – С. 57.

<sup>181</sup> Мейєр Д. И. Вказана праця. – С. 57–58.

Крім того, в Англії звичай як джерело права взагалі не має практичного значення, оскільки згідно Закону від 1265 року для того, щоб місцевий звичай міг бути застосований судом у якості правової норми, він повинен бути старовинним, тобто існувати до 1189 року<sup>182</sup>. Оскільки сам інститут трасту почав лише формуватися у XII-XIII ст., навряд чи можна було б довести існування звичаю, що стосується трасту, до вказаної дати. А у такому випадку навіть при виявленні «старовинного» звичаю, останній не вважався б юридично значимим<sup>183</sup>.

У США звичаї хоча і визнаються джерелом права, проте застосовуються судами переважно у торговій сфері та не стосуються трастів. Однак було б неправильно повною мірою відкидати звичаї як можливе джерело регулювання довірчих правовідносин, зважаючи на те, що суспільні відносини перебувають у безперервному розвитку та зміні. Часто процес правотворення відстає від суспільних відносин, тому повсякчас між людьми виникають нові звичаєві правила, яких вони дотримуються за певних обставин. Отже, є підстави припустити, що такі звичаї можуть з'являтися і у сфері регулювання довірчих правовідносин. Проте зрозуміло, що у разі виникнення такого звичаю, рано чи пізно, він буде використаний судом при винесенні рішення та перетвориться на судовий прецедент або буде санкціонований державою у вигляді нормативного акту.

У теорії міжнародного приватного права, як правило, йдеться не про окремі звичаї тієї чи іншої держави, а про так звані міжнародні звичаї, тобто правила поведінки, які повторюються в аналогічних умовах протягом тривалого часу і які за мовчазною згодою дотримуються та визнаються суб'єктами міжнародного права<sup>184</sup>. На думку окремих дослідників, юридична сила міжнародних звичаїв по відношенню до диспозитивних норм законодавства відповідної країни у певних випадках вище<sup>185</sup>. За словами О. О. Мережка, для визнання певного правила поведінки міжнародним звичаєм необхідно, щоб він відповідав наступним критеріям: 1) його повинні постійно дотримуватися у відповідній сфері відносин, 2) він має бути широковідомим, 3) він має бути розумним та справедливим, 4) в його основі має лежати *opinion*

<sup>182</sup> Гражданское и торговое право зарубежных государств: В 2-х т. Т. I / Отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. – М.: Междунар. отношения, 2004. – С. 84.

<sup>183</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М.: Междунар. отношения, 1999. – С. 263.

<sup>184</sup> Ануфриева Л. П. Международное частное право: В 3-х т. Т. 1. – М.: Изд-во БЕК, 2002. – С. 159.

<sup>185</sup> Цветков И. В. Внешнеторговые сделки: Правоприменительная практика. Практик. пособие. – М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2001. – С. 49.

*juris*, тобто переконання міжнародного співтовариства в юридичній обов'язковості даної норми. Окрім вказаних критеріїв можна говорити і про такі ознаки міжнародного звичаю, як одноманітність, повторюваність, тривалість його існування у часі і просторі тощо<sup>186</sup>.

Коли говорять про міжнародні звичаї, то, як правило, мають на увазі сформовані багатолітньою практикою правила поведінки у сфері торгівлі. Серед них називають Принципи УНІДРУА, Міжнародні правила з уніфікованого тлумачення торгових термінів (ІНКОТЕРМС) у редакції 2000 р., Уніфіковані звичаї та правила для документарних акредитивів у редакції 1993 р. (публікація МТП № 500), Уніфіковані правила по інкасо у редакції 1995 р. (публікація МТП № 522) та інші.

Надаючи аналіз вказаним вище звичаям та практиці їх застосування, *Вищий господарський суд України у Роз'ясненнях «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» від 31.05.2002 р. № 04–5/608* підкреслює, що господарський суд у вирішенні спору застосовує звичаї у сфері міжнародної торгівлі у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини, або якщо угодою сторін передбачено застосування правил цих звичаїв<sup>187</sup>.

Безперечно, вказані збірники звичаїв та правил можуть застосовуватися при регулюванні «зовнішніх» правовідносин, тобто правовідносин, що виникають між довірчим власником/управителем та будь-якими третіми особами у зв'язку із управлінням переданим майном. І це зрозуміло, оскільки довірчий власник/управитель, якщо це передбачено документом про створення трасту або договором про управління майном, може укладати міжнародні договори купівлі-продажу довіреного йому майна, інвестувати кошти у цінні папери, здійснювати міжнародні розрахунки тощо. У такому випадку залежно від конкретного виду правовідносин застосовуватимуться і відповідно правові норми, у тому числі і міжнародні звичаї. Однак на даний момент відсутні викладені у систематизованому вигляді збірники міжнародних звичаїв, які б регулювали «внутрішні» довірчі правовідносини, тобто ті, що складаються між установником, довірчим власником/управителем і вигодонабувачами. Вказані правовідносини на міжнародному рівні, як було зазначено вище, регулюються переважно відповідними

<sup>186</sup> Мережко А. А. Транснациональное торговое право (lex mercatoria). – К.: Таксон (Modus vivendi), 2002. – С. 37.

<sup>187</sup> Роз'яснення Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» від 31.05.2002 р. № 04–5/608 // Вісник господарського судочинства. – 2002. – № 3.

конвенціями, судовими прецедентами та національним правом окремих країн.

Окремо варто зупинитися на застосуванні **узвичаєностей** та **заведеного порядку** при регулюванні довірчих правовідносин з іноземним елементом.

В англійській юридичній літературі під узвичаєністю розуміють правило поведінки, настільки відоме у даній сфері ділового життя, що воно вважається складовою частиною укладеного контракту, якщо лише сторони не виключили його у прямо вираженій формі<sup>188</sup>. Також під вказаним терміном мають на увазі загальноприйняту практику, на яку покладаються сторони численних угод у певній сфері торгівлі<sup>189</sup>. Узвичаєності застосовують при тлумаченні договорів, наприклад, для встановлення змісту термінів «близько», «поточні дні», «робочі дні» тощо, при доповненні договору або для обмеження його дії тощо. Основна відмінність звичаю та узвичаєності, які досить часто плутають на практиці, полягає у тому, що останнє не містить норм права, які є обов'язковими для виконання.

Що стосується довірчих правовідносин з іноземним елементом, то, безперечно, узвичаєності застосовуються їх учасниками, що пояснюється хоча б тим, що будь-який документ про створення трасту або договір довірчого управління містить певні терміни та поняття, значення яких, хоч і не встановлено певними нормативними актами, проте відоме учасникам таких відносин.

Те ж саме можна сказати і про **заведений порядок**, під яким розуміється одноманітна попередня поведінка сторін правочину, яка свідчить про існування між сторонами правочину певної основи для розуміння власних прав та обов'язків, а також для тлумачення умов та термінів правочину.

Як вбачається із багатой судової практики, для створення трасту у країнах англо-американського права достатньо лише явно вираженого одностороннього волевиявлення з вказівкою на майно, яке передається, та особу, яка має бути вигодонабувачем. При цьому установник часто не встановлює точно, якими правами та обов'язками наділений довірчий власник. Іноді складається ситуація, що саме в процесі управління переданим майном між учасниками трасту виникає так званий заведений порядок. Це має місце, коли, наприклад,

<sup>188</sup> Мережко А. А. Вказана праця. – С. 45.

<sup>189</sup> Мережко А. А. Вказана праця. – С. 46.

протягом тривалого часу доходи від управління надсилаються бенефіціару на одну з кількох адрес його місця проживання або коли довірчий власник звітує перед установником кожні три місяці, надаючи проміжковий звіт про результати своєї діяльності. При цьому ані в першому, ані в другому випадку документ про створення трасту не містить жодних положень про час, місце або форму вчинення відповідних дій. Оскільки така практика, незалежно від її закріплення у документі, має тривалий характер, у випадку її недотримання суд скоріше за все визнає це порушенням довірчим власником своїх обов'язків.

## **2.5. ЗАГАЛЬНІ ПРИНЦИПИ ПРАВА ЯК ДЖЕРЕЛО РЕГУЛЮВАННЯ ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ**

**Я**к зазначає відомий дослідник міжнародного права І.І. Лукашук, «характерною рисою міжнародної нормативної системи є наявність у ній комплексних основних принципів, під якими розуміються соціально обумовлені узагальнені норми, ідеї, що відображають характерні риси нормативної системи та її основний зміст»<sup>190</sup>. Дійсно, протягом останніх років роль загальних принципів права у регулюванні міжнародних відносин помітно зросла. З одного боку, загальні принципи права є недостатньо визначені, проте, з іншого боку, це і надає їм гнучкості, якої за певних обставин може не вистачати нормам права, що містяться у нормативних актах або судових прецедентах. Саме «всезагальність» принципів права дозволяє застосовувати їх до невизначеного кола відносин, заповнюючи при цьому вакуум у разі існування прогалин у законах або правозастосовчій практиці.

На даному етапі розвитку науки міжнародного права, у тому числі і приватного, науковці все частіше оперують такими поняттями, як «м'яке право», «субправо», «неписане право», «доправо», «недосконале право» тощо, під якими, як правило, розуміють принципи права. При цьому окремі дослідники зауважують, що так зване «м'яке пра-

---

<sup>190</sup> Лукашук І. І. Нормы международного права в международной нормативной системе. – М.: Спарк, 1997. – С. 82.



во» не має юридичної сили, а наділено виключно морально-політичною вагою. Проте, за словами О.В. Скурко, воно має і юридичний зміст у тому значенні, що воно торкається в основному проблем розвитку правового регулювання в юридичній діяльності в цілому у різноманітних її аспектах, але без врахування національної специфіки та особливостей у тому числі форм та методів права<sup>191</sup>. Більше того, останні дослідження у сфері юриспруденції переконливо доводять, що на даному етапі розвитку суспільства принципи міжнародного права визнаються у якості правових норм та саме у такій формі включаються до правової системи тієї чи іншої країни<sup>192</sup>.

Вважається, що принципи сучасного міжнародного права історичні та відображають корінні інтереси держав та світового співтовариства у цілому; поява принципів обумовлена, зокрема, необхідністю координації великого різноманіття норм, забезпечення єдності міжнародного права<sup>193</sup>. До характерних ознак загальних принципів права, за словами О.О. Мережко, можна віднести, зокрема, те, що вони укорінені у самій природі права як соціального явища; вони не впливають із та не належать якійсь окремій правовій системі (як національного, так і міжнародного права); вони мають об'єктивний характер та не залежать від їх відображення у національному або міжнародному праві; вони є проміжною ланкою між правопорядками різних держав, між публічним та приватним правом, а також між національним та міжнародним правопорядком<sup>194</sup>.

До таких принципів міжнародна спільнота відносить, перш за все, принцип справедливості, законності, добросовісності, розумності, незловживання правом, відповідальності за правопорушення, рівності сторін у спорі тощо. Зважаючи на специфіку досліджуваних відносин, ми не аналізуватимемо всі загальновизнані принципи права, а зупинимося на характеристичі лише тих, що найбільше стосуються довірчих правовідносин, зокрема, на принципах справедливості, добросовісності, розумності, відповідальності та незловживання правами.

За словами вчених, «серед сучасних тенденцій цивільного права Європи посилюється роль суду, який наділяється широкими повно-

<sup>191</sup> Скурко Е. В. Принципы права в современном нормативном регулировании. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2008. – С. 45.

<sup>192</sup> Кузнецова О. А. Нормы-принципы российского гражданского права. – М.: Статут, 2006. – С. 26–28.

<sup>193</sup> Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. – М.: Изд-во БЕК, 2001. – С. 131.

<sup>194</sup> Мережко А. А. Вказана праця. – С. 51–52.

важеннями вирішувати долю того чи іншого правового припису, спираючись на такі встановлені критерії»<sup>195</sup>. Тому, на нашу думку, за відсутності правового регулювання зазначені принципи можуть бути використані судами при вирішенні конкретних спорів, що виникають з довірчих правовідносин з іноземним елементом. Відразу зауважимо, що вказані принципи не слід розглядати відокремлено один від одного, оскільки вони є нерозривно пов'язаними, а в законодавстві окремих країн часто навіть взаємозамінними поняттями.

Розпочнемо з принципу **справедливості** (*equity*), який у країнах англо-американського права ліг в основу окремої системи права – права справедливості. Даний принцип має особливе значення для довірчих відносин, оскільки саме згідно положень права справедливості бенефіціарій визнавався власником майна на протигагу довірчому власнику, який наділявся титулом власника на підставі положень загального права.

У літературі висловлюються думки, що зміст даного принципу практично неможливо розкрити повністю, враховуючи його абстрактність та широту. Як зазначає О. В. Скурко, «наріжним каменем» юриспруденції ось уже не перше тисячоліття була та і досі залишається перш за все «справедливість», ідея справедливості, а точніше – уявлення про справедливість»<sup>196</sup>. Проте даний принцип можна спробувати звести до кількох основних формул: той, хто добивається справедливості, повинен сам діяти справедливо; сторона, яка звернулася до суду, повинна діяти чесно та справедливо; справедливість вимагає, щоб суб'єктивне право було захищено правовим шляхом; справедливість звертає увагу на зміст, а не на форму (головне для справедливості – чесність, а не юридичні тонкощі) тощо<sup>197</sup>.

Вказані вище презумпції відіграють важливу роль при регулюванні довірчих правовідносин, у тому числі і ускладнених іноземним елементом, оскільки часто судам доводиться вирішувати справи, що виникають з таких відносин саме на засадах справедливості. Це може мати місце у тих випадках, коли траст виникає не на підставі явно вираженого волевиявлення власника майна, а тоді, коли така воля презюмується (*implied trust*). Іншим прикладом, досить поширеним на практиці, може бути випадок, коли виконати волю установника трасту, виражену в документі про створення трасту (наприклад, у спадковому

<sup>195</sup> Павленко Д. Принцип добросовісності в договірному праві країн континентальної системи права // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 3 (135). – С. 21.

<sup>196</sup> Скурко Е. В. Вказана праця. – С. 85.

<sup>197</sup> Мережко А. А. Вказана праця. – С. 226.

трасті), з певних причин неможливо. У такому випадку суд саме на засадах принципу справедливості повинен вирішити справу, намагаючись максимально досягнути цілі, поставлені довірцем. На засадах принципу справедливості з метою захисту сторони, постраждалої внаслідок зловживання довірою, невиконання фідучіарних зобов'язань, примусу, обману тощо, виникає також і конструктивний траст.

Із принципом справедливості тісно пов'язаний і принцип **добросовісності** (*bona fides, good faith*), під яким у літературі розуміються «дії однієї особи без умислу заподіяти шкоду іншій, а також недопущання легковажності або недбалості до можливого заподіяння шкоди»<sup>198</sup>. Принцип добросовісності визначається також як «засада, що передбачає сумлінну і чесну поведінку суб'єктів при виконанні своїх суб'єктивних обов'язків і здійсненні своїх суб'єктивних прав у зобов'язальних правовідносинах»<sup>199</sup>. Як зауважує В. А. Белов, «добросовісне набуття, здійснення, захист і припинення суб'єктивного цивільного права означають вчинення зазначених дій стосовно суб'єктивного цивільного права таким чином, щоб при цьому нікому не заподіювалася шкода, не створювалося загрози її заподіяння, а якщо динаміка права неможлива без сприяння третіх осіб – таким чином, щоб необхідність допомоги, витрати і зусилля, необхідні для її надання, були мінімізовані»<sup>200</sup>. Останнє зауваження має особливе значення для довірчих відносин, оскільки добросовісне виконання довірчим власником або управителем своїх безпосередніх обов'язків включає також обов'язок вибирати досвідчених та компетентних помічників або будь-яких інших третіх осіб у разі виникнення такої необхідності під час здійснення управління. При цьому, одні вчені вказують на те, що при добросовісному здійсненні суб'єктивних прав діючий суб'єкт зобов'язаний усвідомлювати та передбачати будь-які несприятливі для інших наслідки своїх дій<sup>201</sup>, а інші наголошують на необхідності передбачати не будь-які несприятливі наслідки, а лише ті, які може і повинен передбачити розумний суб'єкт цивільних відносин<sup>202</sup>.

<sup>198</sup> Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин у цивільному праві. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2002. – С. 73.

<sup>199</sup> Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 116.

<sup>200</sup> Белов В. А. Добросовестность, разумность, справедливость как принципы гражданского права // Законодательство. – 1998. – № 8. – С. 49–50.

<sup>201</sup> Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. – М.: Лекс-Книга, 2002. – С. 108–109.

<sup>202</sup> Сарбаи С. В. Исполнение договорного обязательства. – М.: Статут, 2005. – С. 116.

Довірчий власник/управитель завжди повинен діяти добросовісно та з належною мірою турботливості (*due care, duty of care*)<sup>203</sup> в інтересах вигодонабувача або для досягнення певної цілі. Історично так складалося, що, оцінюючи дії довірчого власника, керувалися, як правило, принципом «доброго господаря», тобто визначали, чи вчинив би власник на свою користь так, як вчинив довірчий власник на користь вигодонабувача. Проте іноді такий підхід до розуміння добросовісності довірчого власника піддається критиці, оскільки довірчий власник/управитель у будь-якому разі не має права здійснювати з майном юридичні або фактичні дії у власних інтересах або в інтересах третіх осіб. Як правильно наголошує М. М. Булигін, власник має право вчиняти зі своїм майном будь-які дії, ризикованість яких може значною мірою різнитися, у той час як довірчий власник не може згодатися про те, які б дії вчинив власник, якщо ступінь ризикованості операцій не буде чітко визначена у конкретному договорі<sup>204</sup>.

У країнах континентального права поняття принципу добросовісності довірчого власника було розкрито в окремих судових прецедентах.

У справі *West Building Society v. Mothew (1998 p.)*<sup>205</sup> суд вказав, що «довірчий власник повинен діяти добросовісно: він не повинен отримувати прибуток від трасту; він не повинен допускати конфлікту своїх обов'язків та своїх інтересів; він не повинен діяти з вигодою для себе або з вигодою для третіх осіб без згоди довірителя. Вказаний перелік не є вичерпним».

Проте при вирішенні питання, чи діяв у конкретному випадку довірчий власник/управитель добросовісно та з належною мірою турботи, необхідно розрізняти випадки, коли майно було передано у довірчу власність/управління професійному довірчому власнику/управителю, а коли – ні. У першому випадку довіритель та бенефіціарії мають право вимагати значно більшого рівня розсудливості, обережності та добросовісності, аніж у другому, коли довіритель може розраховувати, що довірчий власник дійсно діятиме як проста «середньостатистична» людина, а не професіонал.

<sup>203</sup> Зазначимо, що у країнах англо-американського права неможливо чітко розділити поняття принципів добросовісності (*good faith, bona fide*), розумності (*reasonable*) та дії з належною мірою турботливості (*due care, duty of care*), оскільки у вказаних країнах дані поняття є часто взаємозамінними або навіть тотожними.

<sup>204</sup> Булигін М. М. Договор доверительного управления в российском и зарубежном праве. – М.: Закон и право. Юнити, 2006. – С. 81–82.

<sup>205</sup> *Moffat G., Bean G., Dewar J. Trusts Law: Text and Materials. Cambridge University Press, 2005. – P. 405.*

Доречними будуть слова судді Дж. Хермана, який під час розгляду справи *Re Waterman's Will Trust (1952 p.)*<sup>206</sup> вказав, що «від довірчого власника, який надає послуги за плату, очікують більшої турботливості та знань, аніж від довірчого власника, який виконує свої обов'язки безкоштовно, тому від банку, який бере на себе зобов'язання по управлінню майном, вимагають особливої турботливості».

Дане твердження було розвинуто у подальшому суддею Дж. Брайтманом у справі *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co Ltd (1980 p.)*<sup>207</sup>, який наголосив, що «особлива турботливість вимагається від трастової компанії, яка здійснює свою діяльність у сфері надання трастових послуг... Маючи спеціалізований персонал, який складається із службовців та управлінців, досвідчених у наданні довірчих послуг, за наявності доступу до фінансової інформації та консультацій, надаючи довірчі послуги щодня, трастова компанія здатна проводити дослідження, проведення яких неможливо та несправедливо очікувати від звичайного розумного чоловіка чи жінки, які беруть на себе ношу довірчих відносин безоплатно, а можливо, і з неохотою в силу сімейних обов'язків».

У випадку заподіяння шкоди довірителью та/або бенефіціарам внаслідок вчинення довірчим власником/управителем певних дій суд повинен буде брати до уваги, чи мав останній об'єктивну можливість у силу його розумових, професійних та інших якостей діяти ще більш розсудливо, чи його дії можуть бути кваліфіковані як добросовісні, хоча, як виявилось, і помилкові. Якщо суд дійде висновку, що довірчий власник/управитель зробив все від нього можливе, або все, що він добросовісно вважав за можливе, він буде звільнений від відповідальності за заподіяні збитки, якщо інше не передбачено умовами документа про створення трасту або договору про довірче управління майном. У той же час трастова компанія нестиме відповідальність за заподіяння збитків довірителью або бенефіціаріям практично завжди, окрім випадків, прямо передбачених законом або документом про створення трасту.

Для регулювання довірчих відносин важливим також є **принцип розумності**. Так, розумними у літературі називають дії, що вчинила людина, яка має нормальний середній рівень інтелекту, знань і життєвого досвіду. На думку Т. В. Боднар, абстрактна особистість, яка володіє такими якостями, може називатися розумною людиною<sup>208</sup>.

<sup>206</sup> *Moffat G., Bean G., Dewar J.* Вказана праця. – Р. 443.

<sup>207</sup> *Moffat G., Bean G., Dewar J.* Вказана праця. – Р. 444.

<sup>208</sup> *Боднар Т. В.* Вказана праця. – С. 121.

Зрозуміло, що довірчий власник/управитель зобов'язаний діяти розумно, розсудливо, обережно та зважено. Саме цього від нього очікує довіритель. Більше того, часто підставою для передачі майна та грошових коштів у довірчу власність або управління є бажання установника забезпечити кваліфіковане та максимально ефективне управління майном.

Проте у контексті дослідження довірчих правовідносин ми зупинимося не на самому принципі розумності, а на похідному від нього – **правилі розсудливої людини** (*prudent man rule*), яке визнається чи не основним принципом, закріпленим судовими прецедентами, який регулює права та обов'язки довірчого власника у процесі інвестування довірених йому фінансових ресурсів<sup>209</sup>.

Правило розсудливої людини бере свій початок зі справи *Harvard College v. Amory* (1830 p.)<sup>210</sup>, розглянутої Вищим апеляційним судом штату Массачусетс. Предметом судового розгляду став позов групи бенефіціаріїв до довірчого власника з тих підстав, що на їх думку, останній (Амору) здійснив неправильне інвестування в акції компанії. За умовами трастового договору довірчий власник мав право здійснювати інвестиції у надійні та прибуткові акції, у тому числі в акції публічних фондів, акції банків та інші цінні папери на свій розсуд. Вигодонабувачі вимагали від довірчого власника відшкодування збитків, заподіяних зниженням вартості трасту з 50 000 доларів США до менше ніж 30 000 доларів США. На свій захист довірчий власник вказав, що інвестиція була допустимою та розсудливою, з чим також погодився і суд.

Під час розгляду вказаної справи суддя Путнем вказав, що «єдине, що можна вимагати від довірчого власника при інвестуванні – це те, що він має діяти чесно, зважено та обережно. Він повинен діяти так, як би діяла чесна, обережна, розумна людина при веденні власних справ, не пов'язаних із отриманням прибутку, але у зв'язку із постійним розміщенням свого капіталу, розраховуючи на очікуваний прибуток та очікувану захищеність інвестованих коштів»<sup>211</sup>. Вказаний підхід і ліг в основу правила розсудливої людини.

Однак варто наголосити, що конкурентом сформульованого вище правила до 40-х років XX ст. був висновок Апеляційного суду Нью-Йорка, який у справі *King v. Talbot* (1869 p.)<sup>212</sup> проголосив, що

<sup>209</sup> Майданик Р. А. Траст: собственность и управление капиталами (природа прав, рецепция в право Украины). – К.: Наук. думка, 1995. – С. 60.

<sup>210</sup> *Monty P. Gregor: Trust Operations*, American Bankers Association, Kogan Page Publishers, 2001. – Р. 7.

<sup>211</sup> *Monty P. Gregor: Вказана праця.* – Р. 7.

<sup>212</sup> *Longstreth B. Modern Investment Management and the Prudent Man Rule*. Oxford University Press US, 1986. – Р. 12.

інвестування у прості акції є само по собі нечесним, що призвело до формування у другій половині XIX ст. списків легально дозволених інвестицій у цінні папери, що забезпечували постійний прибуток. Довірчий власник, який купував цінні папери, не занесені до вказаного списку, автоматично перетворювався на гаранта у разі їх знецінення. У зв'язку із великою депресією, у 40-х роках минулого століття, списки були скасовані, а правило розсудливої людини з того часу почало розглядатися як один із основних принципів оцінювання діяльності довірчих власників з точки зору розумності та розсудливості при здійсненні інвестування довірених їм коштів.

Зазначимо також, що вказаний принцип спрямований не стільки на те, щоб забезпечити отримання прибутку, скільки на те, щоб захистити довірителя. Він також запобігає спекуляції довірчого власника, яка розуміється як взяття на себе додаткових зобов'язань або купівля чи продаж майна для досягнення певної мети, що пов'язано із підвищеним ризиком. У такому разі найчастіше йдеться про ризиковані інвестування у цінні папери. З тими чи іншими модифікаціями правило розсудливої людини застосовується не лише при інвестуванні у приватних трастах, але і в освітніх, благодійних та інших трастах.

У подальшому, у зв'язку із розширенням ринку цінних паперів та ускладненням довірчих операцій, які почали надаватися довірчими власниками, правило розсудливої людини поступово почало втрачати своє значення та видаватися анахронізмом, як і «легальні» списки, які були ним замінені. З часом обов'язок діяти так, як би діяла розумна, розсудлива, обережна людина, зазнав видозміни, оскільки існує різниця, коли інвестування здійснюється безпосередньо самим власником та довірчим власником. У зв'язку із цим на довірчого власника покладалася новий обов'язок – діяти так, як би діяла розсудлива людина з метою збереження майна для інших. Вказана вимога стала відома як **правило розсудливого трасті** (*prudent trustee rule*)<sup>213</sup>, модифіковане у **правило розсудливого інвестора** (*prudent investor rule*).

Як зазначають американські дослідники, «правило розсудливого інвестора, як і правило розсудливої людини, не є ані законом, ані судовим прецедентом, а є спрямовуючим фактором для суду»<sup>214</sup>. Воно покладає на довірчого власника обов'язок інвестувати та управляти майном трасту так, як би це робив чесний інвестор залежно від строків та умов трасту. Такий обов'язок включає у себе моніторинг інвестицій з точ-

---

<sup>213</sup> Longstreth B. Вказана праця. – С. 13.

<sup>214</sup> Monty P. Gregor. Trust Operations, American Bankers Association, Kogan Page Publishers, 2001. – Р. 7.



ки зору їх розумності та відповідності стратегії трасту. Як наголошує Р. А. Майданик, акцент при інвестуванні коштів трасту переводиться з особистих якостей довірчого власника на його методи управління..., що стає можливим у зв'язку з появою об'єктивного обґрунтування у формі загальноприйнятих методів управління капіталами<sup>215</sup>.

Отже, правило розсудливої людини та правило розсудливого інвестора визначають основні засади інвестування довірчим власником переданих йому коштів та/або майна. На нашу думку, вказані правила можна розглядати як специфічний прояв принципу розумності у довірчих відносинах або його похідне. При оцінюванні дій довірчого власника/управителя з точки зору розумності необхідно зважати, перш за все, чи є він професійним довірчим власником/управителем, чи ні, оскільки від цього залежатиме вирішення питання щодо його відповідальності за можливі збитки.

Ще одним принципом, на якому хотілося б зупинитися, зважаючи на ту роль, яку він відіграє у довірчих відносинах, є **принцип недопустимості зловживання своїми правами**, закріплений у ч. 3 ст. 13 ЦК України.

Беручи до уваги те, що довірчому управителю, а особливо довірчому власнику передається цілий комплекс різноманітних повноважень по вчиненню фактичних та юридичних дій, питання щодо неприпустимості зловживання такими правами завжди стоїть дуже гостро. На нашу думку, реалізація саме цього принципу є найбільш показовим прикладом для розуміння фидуціарного характеру такого роду правовідносин.

Класичне визначення поняття зловживання правом<sup>216</sup> було надано В. П. Грибановим, який розумів під ним «особливий тип цивільного правопорушення, вчиненого управомоченою особою при здійсненні належного їй права, пов'язаний із використанням недозволених конкретних форм у рамках дозволеного загального типу поведінки»<sup>217</sup>.

<sup>215</sup> Майданик Р. А. Траст: собственность и управление капиталами (природа прав, рецепция в право Украины). К.: Наукова думка, 1995. – С. 61.

<sup>216</sup> У даному дослідженні ми не зупинятимемося на правовому аналізі точок зору різних вчених, які відстоюють (Покровский І. О., Грибачов В. П., Бару М. І., Яценко Т. С., Стефанчук М. О.) або навпаки заперечують (Планіоль, Агарков М. М., Самойлова М. В., Малєїн М. С., Малєїна М. М. та інші) можливість існування категорії зловживання як такої. Дана дискусія має тривалу історію та на даний момент є незакінченою. Зазначимо лише, що ми підтримуємо тих вчених, які доводять існування такого поняття як «зловживання правом». Більше того, недопустимість зловживання правом розглядається нами як один із основоположних принципів права.

<sup>217</sup> Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2001. – С. 63.

Пізніше таке визначення почали використовувати й інші науковці. Також вдалим є визначення зловживання правом як здійснення права всупереч цілям та призначенню права (В. О. Рясенцев<sup>218</sup>, Я. Г. Янєв). На нашу ж думку, зловживання правом є здійснення особою у межах закону свого суб'єктивного права без мети задоволення власних потреб та із заподіянням шкоди іншим особам. Воно становить окремий вид правопорушення, особливість якого полягає у тому, що при зловживанні правом особа не порушує норму права, а діє всупереч призначенню суб'єктивного права<sup>219</sup>.

Наведені визначення є суто теоретичними. На жаль, на даний момент в Україні відсутнє легальне визначення поняття «зловживання правом» або принаймні перерахування його характерних ознак, які б могли слугувати певним орієнтиром при застосуванні судами положень ст. 13 ЦК України у частині недопустимості зловживання своїми правами.

Більше того, у справі № 2–6/2007 Ухвалою від 24 січня 2007 року № 7-у/2007 Конституційний Суд України<sup>220</sup> відмовив у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частин другої, третьої, шостої статті 13 Цивільного кодексу України з тих підстав, що «практичної необхідності у з'ясуванні або роз'ясненні, офіційній інтерпретації положень зазначених норм Кодексу немає, тобто відсутні підстави для відкриття конституційного провадження у справі».

Як вже зазначалося, на думку науковців, основними ознаками зловживання правом є наявність шкоди, а також дія всупереч призначенню права, але у межах наданих законом та договором повноважень. Виходячи з цього, про зловживання правом у довірчих відносинах, на нашу думку, може йтися у разі вчинення одним із учасників таких відносин (перш за все, довірчим власником/управителем) в межах його компетенції дії, яка суперечить цілям трасту та призвела до заподіяння шкоди іншим суб'єктам довірчих правовідносин (довірителю та/або бенефіціарію). Як зазначають дослідники, у разі зловживання

<sup>218</sup> Рясенцев В. А. Условия и юридические последствия отказа в защите гражданских прав (к ст. 5 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик) // Советская юстиция. – 1962, № 9. – С. 8–9; Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав. – К.: КИТ, 2008. – С. 106.

<sup>219</sup> Онищенко Г. В. Проблема існування категорії «зловживання правом» // Юридичний журнал. – 2007. – № 2 (56). – С. 31–32.

<sup>220</sup> Ухвала Конституційного Суду України від 24 січня 2007 року; № 7-у/2007 у справі № 2–6/2007 // Система інформаційно-правового забезпечення «ЛІГА: ЗАКОН». Конфігурація «ЕЛІТ». Версія 8.1. – ІАЦ «ЛІГА», ТОВ «ЛІГА «ЗАКОН». – К., 2009.

довірчим власником своїми правами він не лише буде зобов'язаний відшкодувати усі завдані збитки, а навіть може бути ув'язненим<sup>221</sup>.

Європейським Судом з прав людини у 1968 р. було розглянуто справу *Вемхофф проти Німеччини (ECHR-1968-S-001)*<sup>222</sup>, під час розгляду якої Європейський Суд перевіряв законність тримання під вартою заявника – особи, підозрюваної у порушенні трастового договору. Заявник був арештований та взятий під варту 9 листопада 1961 р. через підозру в участі у правопорушенні, пов'язаному із порушенням трастового договору. В ордері на арешт зазначалося, що у випадку перебування заявника на свободі, є підстави вважати, що він спробує зникнути та знищити докази... Слідство стосувалося вкрай складних махінацій з чеками і завершилося у 1964 році винесенням судом вироку, в якому заявник був визнаний винним у вчиненні особливо тяжкого правопорушення – тривалого зловживання довірою. Суд признав покарання у вигляді позбавлення волі строком на 6 років та 6 місяців, а також штрафу у розмірі 500 марок ФРН.

Іншим прикладом зловживання може бути випадок, коли довірчий власник у дискреційному трасті (*discretionary trust*)<sup>223</sup>, самостійно визначаючи порядок, строки та розміри виплат вигодонабувачам, розподіляє такі виплати нерівномірно, тобто сплачує одним бенефіціаріям більшу суму коштів, а іншим – меншу. При цьому такий розподіл не відповідає цілям трасту, тобто не є обґрунтованим та доцільним, хоча формально довірчий власник діє у межах наданих йому повноважень: він добросовісно управляє переданим йому майном, а всі отримані прибутки розподіляє між всіма вигодонабувачами. Проте, оскільки довірчий власник наділений правом самостійно визначати, кому, скільки і яким чином виплачувати, він, наприклад, із суб'єктивних причин (особиста неприязнь або навпаки – особлива прив'язаність тощо) діє на користь лише частини бенефіціаріїв, заподіюючи цим самим шкоду іншим.

Іншим прикладом зловживання правом може бути ситуація, коли один із бенефіціаріїв, діючи на підставі закону або документа про створення трасту, звертається до суду із заявою про перенесення міс-

<sup>221</sup> Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. К.К. Яичков. – М.: Изд-во «Международные отношения», 1966. – С. 187.

<sup>222</sup> Бюллетень конституционного правосудия // Отв. ред. Х. Якомопулос, Ш.Р. Дюрр, С. Кузнецов, П. Гарон, К. Мартэн. – С. 348 // [http://www.venice.coe.int/Files/Bulletin/Special\\_Bulletin\\_Leading\\_Cases\\_ECHR\\_RUS.pdf](http://www.venice.coe.int/Files/Bulletin/Special_Bulletin_Leading_Cases_ECHR_RUS.pdf).

<sup>223</sup> Дискреційний траст – траст, у якому довірчий власник наділяється правом визначати, коли і в яких межах здійснювати виплати вигодонабувачу, необхідні для його проживання і утримання сім'ї. У результаті цього вигодонабувач не має жодних реальних прав на майно, що перебуває у довірчій власності, та не може вимагати передачі отримуваних від такого майна прибутків // Ковалев С. І. Вказана праця. – С. 55.

цезнаходження трасту з однієї країни до іншої (наприклад, шляхом заміни одного довірчого власника на іншого) виключно з тією метою, щоб іншому бенефіціарію було незручно (далеко, дорого тощо) реалізовувати свої права у довірчих правовідносинах.

Такий випадок мав місце у справі *Marshall, 2002 WL 371463* (Restatement (Second) of Conflict of Laws)<sup>224</sup>, коли один із бенефіціаріїв запропонував перенести пожиттєвий траст із Техасу до Луїзіани, у результаті чого інший вигодонабувач втратив можливість звернутися за судовим захистом за підсудністю до суду, що знаходиться за його місцем проживання.

Ще один приклад: коли довіритель звертається до суду із вимогою про розірвання (або визнання недійсним) договору довірчого управління та про повернення переданого майна не з метою задоволення власних інтересів, а з єдиною метою заподіяння шкоди довірчому управителю, який таким майном управляє.

Наглядним прикладом цього може бути розірвання свекрухою (довіритель) договору по управлінню будинком, у якому зять (довірчий управитель) живе разом з дружиною. При чому єдиною причиною звернення свекрухи до суду є недопущення подальшого користування зятем її майном та бажання позбавити його місця проживання, а не певні порушення, допущені під час виконання договору.

Вищенаведені приклади свідчать, що у довірчих правовідносинах, у тому числі й ускладнених іноземним елементом, кожен учасник може зловживати своїми правами. Проте, зважаючи на обсяг повноважень, найбільше можливостей зловживання правами має все ж таки довірчий власник/управитель.

У разі вчинення такого роду дій будь-яким із учасників довірчих відносин суд, на нашу думку, повинен встановити: 1) чи наділений відповідний суб'єкт суб'єктивним правом на вчинення такої дії відповідно до закону та документа про заснування трасту (договору про довірче управління майном), 2) чи діє він у межах свого суб'єктивного права; 3) чи відповідає така дія інтересам уповноваженої особи та 4) чи шкодить така дія інтересам інших осіб у правовідносинах. Якщо ця дія, будучи абсолютно правомірною, виявиться такою, що не спрямована на задоволення інтересів особи, яка її вчиняє, суд має визначити, чи не порушує вказана дія основоположного принципу недопустимості зловживання своїми правами. І якщо суд дійде висновку,

---

<sup>224</sup> *Hendrickson R. A., Silverman N. R. Changing the Situs of a Trust. Law Journal Press, 1982. – P. XXVI, §. 1.03 1–6.*

що за таких обставин має місце зловживання правом управомоченою особою, він має відмовити у захисті прав вказаної особи, посилаючись на порушення вказаного вище принципу. Не сперечатимемося, що на практиці встановити справжні мотиви поведінки особи та довести наявність у її діях ознаки зловживання правом дуже складно, а іноді і практично неможливо, проте судова практика різних країн все-таки іде по шляху розвитку та вдосконалення.

Наостанок хотілося б сказати ще кілька слів про **принцип відповідальності** (*responsibility*) як один із найважливіших принципів у міжнародному праві, що полягає в обов'язку особи, яка вчинила протиправну дію, перетерпіти певні негативні наслідки та відшкодувати заподіяні збитки.

Зважаючи на фідучіарний характер відносин, які існують між довірцем та довірчим власником/управителем, обсяг відповідальності останнього є питанням принциповим. Як вже наголошувалося вище, судовою практикою та доктриною встановлено, що довірчий власник зобов'язаний діяти добросовісно, розумно, розсудливо, чесно та справедливо, не порушуючи закону та умов документа про створення трасту, і що важливо, – виключно в інтересах вигодонабувачів або згідно із цілями трасту.

Апеляційний суд штату Техас у справі *Seymour v. Am Engine&Grinding Co.* (1996 р.)<sup>225</sup> підкреслив, що порушення будь-якого з вказаних обов'язків (нерозсудливість, недобросовісність, нечесність тощо), а також «будь-яка поведінка, спрямована на протиставлення власного інтересу довіреної особи на шкоду інтересам довірителя» буде розцінюватися як порушення своїх обов'язків довіреною особою або так званим порушенням трасту (*breach of trust*), що є особливим різновидом правопорушення, яке тягне за собою відповідальність.

Як зазначає З. Е. Беневоленська, порушення довіри – це самостійна підстава юридичної відповідальності особи. Шкода, майнова та моральна, спричинена порушенням етичних норм довіри у ході тривалого підприємницького управління чужим майном, повинна бути повністю відшкодована<sup>226</sup>.

Порушення довірчим власником принципу добросовісності та розумності через його легковажність або лінь також можуть стати під-

---

<sup>225</sup> Зуев А. Е. Фидуциарные правоотношения: Международная практика и российское право: Вопросы модальности в праве // Правоведение. – 2003. – № 2 (247). – С. 159–160.

<sup>226</sup> Беневоленская З. Э. Правовые формы доверительных отношений в сфере предпринимательства // Правоведение. – 1995. – № 4–5. – С. 34–36.

ставою для притягнення його до відповідальності. Більше того, довірчі власники можуть бути визнані відповідальними навіть за дії інших осіб – наприклад, директорів компаній, контрольний пакет акцій яких перебуває у володінні довірчих власників.

У справах *Re Lucking's Will Trust* (1967 p.) та *Bartlett & Barclays Bank Trust Co Ltd* (1980 p.)<sup>227</sup> судами було зазначено, що «довірені особи, які володіють контрольним пакетом акцій, повинні гарантувати настільки, наскільки вони можуть, те, що вони володіють такою ж інформацією про стан справ у компанії, якою мають володіти директори цієї компанії. Якщо вони байдикують і дозволяють компанії працювати під керівництвом акціонера, що володіє меншою кількістю акцій, і отримують інформацію, не більше тієї, яку отримують звичайні акціонери, то вони це роблять на свій страх і ризик. Їм не буде кого звинуватити, якщо справи підуть погано».

Прикладом порушення трасту довірчим власником може бути розтрата або неправомірне заволодіння чи привласнення трастового майна (*misapplication* та *misappropriation of trust funds*). Уявімо собі ситуацію, що довірчий власник передасть на певний строк частину довіреного йому майна або коштів іншій особі в борг або в користування – хай навіть за плату (принагідно зазначимо, що право на таку передачу документом про створення трасту не передбачено). У визначений строк особа майно або, відповідно, гроші поверне, тобто кількість траст-фонду не зменшиться або навіть збільшиться від такої передачі. Однак за таких обставин буде наявне порушення довірчим власником своїх обов'язків, оскільки, передаючи гроші або майно сторонній особі, він діє не в інтересах бенефіціарія та не в цілях трасту, а з метою задоволення будь-яких інших інтересів – не суттєво: інтересів третіх осіб чи власних, майнових чи немайнових. У такому випадку довірчий власник може бути притягнутий до відповідальності у вигляді стягнення штрафу (якщо це передбачено умовами документа про створення трасту) або він може бути примусово замінений на іншу особу судом тощо.

Як зазначає Роберт Чемберз, для того, щоб притягнути довірчих власників до відповідальності, необхідно визначити: 1) які обов'язки поклалися на довірчих власників; 2) чи допустили довірчі власники невиконання вказаних обов'язків; 3) чи захищені довірчі власники від відповідальності, яка настає зазвичай у разі такого невиконання? Якщо відповіді на ці питання підводять до висновку про винність до-

<sup>227</sup> Практическое руководство по трасту. Куперс и Лайбрэнд. – М.: ИНФРА-М, 1995. – С. 23.

вірчого власника у порушенні трасту, необхідно встановити наслідки такого порушення. Для цього потрібно відповісти ще на два питання: 4) які наслідки невиконання довірчим власником своїх обов'язків настали для майна, переданого у траст, бенефіціаріїв та довірчих власників; 5) що можна зробити, щоб виправити ситуацію?<sup>228</sup>.

Саме останнє має найбільше значення, оскільки, зрештою, основною метою притягнення довірчого власника/управителя до відповідальності є максимально можливе відновлення порушеного права довірителя та/або вигодонабувачів. Останнє досягається різними шляхами – шляхом відшкодування завданих збитків, сплати штрафів тощо. Варто зауважити, що у разі порушення довірчим власником/управителем своїх обов'язків, до нього може бути застосована не лише цивільна відповідальність. У ряді випадків можливе притягнення осіб, винних у порушенні трасту, до інших видів відповідальності, зокрема: адміністративної (позбавлення трасті спеціальної ліцензії або дозволу на здійснення довірчих операцій, заборона вчинення певних дій тощо) та кримінальної (у разі вчинення довірчим власником/управителем у процесі управління довіреним майном дій, визначених законом тієї чи іншої країни як злочин).

Таким чином, практика доводить, що загальні принципи права можуть і повинні застосовуватися судом при розгляді справ, що виникають з довірчих правовідносин. На нашу думку, це можливо і в Україні, оскільки зазначені принципи, покладені в основу цивільного права, можуть успішно заповнювати прогалини у законодавчому регулюванні таких специфічних за своєю природою відносин.

---

<sup>228</sup> *Chambers R. Liability // Birks P., Pretto A. Breach of trust. Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing, 2002. – P. 1.*



# **ГЛАВА 3. ЗАСТОСУВАННЯ КОЛІЗІЙНИХ ТА МАТЕРІАЛЬНИХ НОРМ ПРИ ВИРІШЕННІ СПОРІВ, ЩО ВИНИКАЮТЬ З ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ**

## **3.1. КОЛІЗІЙНІ НОРМИ, ЯКІ ЗАСТОСОВУЮТЬСЯ ДЛЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВА, ЩО ПІДЛЯГАЄ ЗАСТОСУВАННЮ ДО ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ**

**У** міжнародному приватному праві одним із найголовніших завдань є вибір компетентного правопорядку, який має регулювати ті чи інші правовідносини, ускладнені іноземним елементом. При цьому, як відомо, існують два способи регулювання таких правовідносин – пряме та опосередковане. Пряме регулювання має місце тоді, коли до певних правовідносин застосовується конкретна матеріально-правова норма (матеріальний-правовий спосіб регулювання приватно-правових відносин). Це можливо, коли міжнародний договір містить матеріально-правові норми, які підлягають застосуванню до тих чи інших відносин. Однак, як зазначають дослідники, досягнення вищевказаної мети міжнародного приватного права важко уявити лише за допомогою матеріального методу, адже «матеріальне регулювання абсолютно не призначене для подолання зіткнень правових систем і вибору компетентного правопорядку»<sup>229</sup>, тому у переваж-

---

<sup>229</sup> Степанюк А. Колізійний метод міжнародного приватного права // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 2 (122). – С. 8.

ній більшості випадків, коли йдеться про регулювання правовідносин з іноземним елементом, у тому числі й довірчих, обранню конкретної матеріальної норми передуює застосування колізійної норми для визначення належного правопорядку.

Сукупність колізійних норм формує колізійне право, яке будучи пов'язане з конкретною національною правовою системою, виступає проміжною ланкою між нею та суспільним відношенням з іноземним елементом. При цьому, «сутність колізійного методу полягає не в тому, щоб правовими способами безпосередньо урегулювати специфічні суспільні відносини, а в тому, щоб віднайти об'єктивно існуючий зв'язок між правовідношенням з іноземним елементом та національною правовою системою... і лише таким опосередкованим способом, застосовуючи належне матеріальне право, врегулювати міжнародні приватноправові відносини»<sup>230</sup>.

Не становлять винятку і довірчі правовідносини з іноземним елементом, до яких спочатку застосовується колізійна норма, а вже потім матеріальна норма тієї країни, до права якої відіслала колізійна норма. На даний час основні колізійні норми, які можуть застосовуватися до довірчих правовідносин, ускладнених іноземним елементом, містяться у Конвенції про трасти, Регламенті Брюссель I, Конвенції Лугано, а також у національних законах окремих держав. Нижче ми спробуємо проаналізувати та надати характеристику кожній із основних колізійних прив'язок.

### **3.1.1. Статут довірчих правовідносин з іноземним елементом**

Метою застосування колізійних норм є визначення компетентного правопорядку, який би регулював права та обов'язки учасників приватноправових відносин з іноземним елементом, у тому числі й довірчих. Як зазначав Л. А. Лунц, у ряді випадків основні питання щодо прав та обов'язків сторін, які становлять «сутність» відношення, підпорядковані одному правопорядку, а спеціальні питання даного правовідношення – іншому правопорядку (питання дієздатності, форми правочину тощо)<sup>231</sup>. Для позначення закону або правопорядку, якому підпорядковується «сутність» або зміст правочину (на противагу спе-

<sup>230</sup> Кудашкин В. В. Коллизионные правоотношения в международном частном праве // Государство и право. – 2006. – № 2. – С. 52.

<sup>231</sup> Лунц Л. А. Курс международного частного права: в 3-х т. – М.: Спарк, 2002. – С. 237.

### 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення права, що підлягає...

ціальним питанням), у теорії міжнародного приватного права застосовують поняття *lex causae*, яке відоме також як «статут».

За словами В. П. Звєкова, статут приватноправових відносин – це «категорія, покликана відокремити, виділити коло правових норм, що застосовуються в силу колізійних приписів до певного виду відносин в їх сукупності, сферу дії цих норм, перелік питань, що ними вирішуються, і таким чином систематизувати колізійні начала, надавши їм визначеності та передбачуваності»<sup>232</sup>. Про статут можна говорити у випадку існування окремої групи відносин, ускладнених іноземним елементом, до яких застосовується певне коло правових норм. У доктрині міжнародного приватного права доведено існування статуту речових прав, статуту договору, статуту зобов'язань, що виникають з одностороннього правочину, статуту спадкування тощо. На підставі аналізу міжнародних конвенцій, зокрема Гаазької Конвенції про трасти, а також положень законодавства окремих країн, на нашу думку, можна стверджувати і про існування статуту довірчих правовідносин. Доведемо це на прикладі трасту як найбільш поширеного різновиду довірчих правовідносин з іноземним елементом.

Згідно з теорією міжнародного приватного права підставою для визначення статуту правовідношення прийнято вважати колізійні норми. У формуванні статуту беруть участь як об'єм, так і прив'язка, тобто обидва структурні елементи колізійної норми. За допомогою об'єму колізійної норми встановлюється вид та коло відносин, що підпорядковуються статуту, сфера його дії тощо, а за допомогою прив'язки – матеріальне право, що підлягає застосуванню, тобто зміст статуту. При цьому, формула прикріплення, що використовується для застосування статуту, якому підпорядкована «сутність» правовідношення, і є *lex causae*<sup>233</sup>.

Як уже зазначалося, Конвенція про трасти поширює свою дію на траст, тобто правовідносини, коли майно передається довірцем під контроль довірчого власника на користь бенефіціарія або для встановленої мети. Згідно з ст. 6 та 7 Конвенції траст має регулюватися правом, обраним установником трасту. У випадку, якщо не було обрано право, що застосовується, то управління трастом здійснюється відповідно до права, з яким траст найбільш тісно пов'язаний. Якщо роз-

---

<sup>232</sup> Звєков В. П. Коллизии законов в международном частном праве. – М.: Волтер Клувер, 2007. – С. 156.

<sup>233</sup> Звєков В. П. Вказана праця. – С. 158.

глядати дану колізійну норму, розкладаючи її на структурні елементи, то можна виокремити об'єм – «траст» як відповідні правовідносини та формулу прикріплення – «право, обране установником трасту» або «право, з яким траст має найбільш тісний зв'язок». Останнє становитиме *lex causae* трасту.

Відповідно до ст. 8 Конвенції про трасти *lex causae* довірчої власності повинно встановлювати дійсність трасту, його створення, майно та порядок управління трастом. Зокрема, обране право повинно встановлювати:

а) призначення, відставку та відсторонення довірчих власників, здатність діяти в якості довірчого власника та передачу прав довірчого власника;

б) розподіл прав та обов'язків довірчих власників між собою;

в) право довірчих власників делегувати повністю або частково виконання своїх обов'язків або здійснення своїх повноважень;

г) право довірчих власників управляти або розпоряджатися майном трасту, обтяжувати майно трасту заставою або набувати у власність нове майно;

г) інвестиційні повноваження довірчих власників;

д) обмеження щодо строків діяльності трасту та щодо права накопичувати прибуток з трасту;

е) відносини між довірчими власниками та бенефіціаріями, включаючи особисту відповідальність довірчих власників перед бенефіціаріями;

ж) зміни або припинення діяльності трасту;

з) розподіл майна трасту;

і) обов'язок довірчих власників звітувати за свою управлінську діяльність.

Вказаний перелік питань, які мають визначатися за *lex causae*, є досить детальним, проте він не є вичерпним, оскільки питання, що постають перед судом залежно від конкретних обставин справи, можуть бути надзвичайно різними. Передбачити їх всі в нормативному акті неможливо та і не потрібно.

Варто зауважити, що відносно довірчої власності можна також говорити і про «розщеплення» статуту трасту як одного із проявів конфлікту статутів. Як було вказано вище, загальне правило щодо визначення належного права трасту закріплено у ст. 6 та 7 Конвенції про трасти. Проте у деяких випадках статут трасту може конфліктувати з

### 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення права, що підлягає...

іншими статутами. Законодавство багатьох країн містить імперативні норми стосовно нерухомого майна. Наприклад, статут договору стосовно нерухомого майна, що знаходиться на території відповідної країни, підпорядковується праву цієї країни. Спадкування нерухомого майна відбувається за законом, де таке майно знаходиться, тощо. Якщо у довірчу власність передано нерухоме майно, може виникнути конфлікт між *lex causae*, визначеним згідно з колізійними нормами Конвенції про трасти, та статутом договору (або статутом спадкування), визначеним імперативними нормами тієї чи іншої держави. Зрозуміло, що у такому випадку застосуванню підлягатиме статут, визначений імперативними нормами відповідної країни.

Ще одним цікавим явищем, яке стосується статуту трасту, є так зване «розщеплення колізійних прив'язок», передбачене ст. 9 Конвенції про трасти, а також законами про міжнародні трасти різних країн. Відповідно до ст. 9 Конвенції про трасти окремий аспект трасту, а саме питання управління, може регулюватися іншим правом. У міжнародному приватному праві це явище отримало назву *dépeçage*, тобто підпорядкування окремих питань різним правовим правопорядкам.

Наприклад, у справі *Re Pollak Estate Transvaal P.D. (1937 p.)*<sup>234</sup> останнім місцем проживання спадкодавця був Трансвааль (провінція ПАР), право якого мало визначати дійсність довірчої власності на рухоме майно. Відповідно до заповіту померлий уповноважив Англійський банк управляти рухомим майном на користь вигодонабувачів, які проживали в Англії. Виходячи з обставин справи, суд визначив, що правом, яким повинен керуватися банк при управлінні трастом, є право Англії.

Таким чином, залежно від обставин справи окремі питання, що стосуються трасту (у даному випадку – дійсність довірчої власності та управління нею), можуть регулюватися різним правом, яке має найбільш тісний зв'язок є тим чи іншим елементом трасту.

Вище ми довели існування статуту трасту. Якщо ж говорити про довірчі правовідносини з іноземним елементом загалом, то вважаємо, що всі висновки щодо статуту довірчої власності повною мірою стосуються й інших різновидів зазначених правовідносин, зокрема, і довірчого управління, оскільки належне право останніх також встановлює їхню «сутність» та визначається переважно за згодою сторін або виходячи із принципу найбільш тісного зв'язку. Крім того, як уже неодноразово зазначалося, Конвенція про трасти може застосовувати-

<sup>234</sup> Hayton D. Вказана праця. – Р. 271.

ся не лише для регулювання власне англо-американських трастів, а й до інших довірчих конструкцій, які не передбачають переходу права власності на майно, тому правила стосовно визначення *lex causae* трасту повною мірою стосуються й інших довірчих правовідносин

Таким чином, *lex causae довірчих правовідносин з іноземним елементом* становить *сукупність правових норм, визначених, як правило, виходячи із принципу автономії волі або найбільш тісного зв'язку, що регулюють їх «сутність», тобто права та обов'язки учасників таких правовідносин, підстави їх виникнення, зміни та припинення тощо.*

### 3.1.2. Автономія волі.

#### Обмеження дії автономії волі

Суди різних країн при визначенні *lex causae* у сфері довірчих правовідносин, ускладнених іноземним елементом, у переважній більшості випадків застосовують право, обране установником.

Зокрема, у справі *Branco v. Veira (1995 p.)*<sup>235</sup> суд наголосив на тому, що при виборі належного права, яке має застосовуватися до регулювання трасту, необхідно, перш за все, встановити, чи визначив установник трасту точно, юрисдикція якої країни поширюється на дані правовідносини, чи ні. У разі якщо установник довірчої власності цього не зробив, необхідно встановлювати наміри установника, беручи до уваги інші істотні обставини, які пов'язані із трастом.

Вказаний принцип ліг також в основу Конвенції про трасти, яка у ст. 6 встановила, що траст має регулюватися правом, обраним установником трасту. Вибір права повинен бути виражений (*expressed*) або впливати з документа про створення або письмового засвідчення трасту, витлумачених у разі необхідності відповідно до обставин справи (*implied*). Статтею 17 Конвенції про трасти встановлено, що у Конвенції термін «право» означає норми чинного законодавства держави, виключаючи колізійні норми. Отже, виходячи з такого формулювання, зворотня відсилка та відсилка до права третьої країни виключається, тому в контексті нашого дослідження ми не аналізуватимемо існуючі підходи до вирішення проблем, пов'язаних із так званим явищем *renvoi*.

Таким чином, в основу Конвенції про трасти покладено принцип ***lex voluntatis***, тобто **автономії волі (автономії сторін)** при виборі права, який на сьогодні вважається одним із основоположних, фунда-

<sup>235</sup> Ross D. Tunncliffe. Offshore Trusts: Tax Rules & Trust Concepts. CCH Canadian Limited. 2003. – P. 42.

### 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення права, що підлягає...

ментальних начал, на яких будуються приватноправові відносини<sup>236</sup>. Законодавство практично всіх країн містить положення, які ставлять принцип автономії волі у привілейоване становище поряд із іншими колізійними прив'язками, але при цьому не існує єдності у розумінні даного явища. Можна виділити три основні підходи до визначення правової природи автономії волі<sup>237</sup>:

1) автономія волі – це інститут, створений відповідною національною правовою системою для вирішення колізії законів. При цьому воля сторін розглядається як одна з колізійних прив'язок поряд із традиційними законом місця знаходження речі, місця виконання зобов'язання тощо;

2) автономія волі – це наслідок свободи договору, що закріплюється та підтримується законодавством різних країн, тому автономія волі може обмежуватися лише сферою, яка регулюється імперативними, а не диспозитивними нормами права;

3) автономія волі – це не колізійна прив'язка, а своєрідний спосіб регулювання правовідносин з іноземним елементом. Даний підхід видається найменш правильним, оскільки автономія волі сама по собі не регулює правовідносини, а, як і будь-яка інша колізійна норма, лише визначає право, яке підлягає застосуванню.

На нашу думку, мають рацію ті дослідники, які вважають автономію волі колізійною прив'язкою, оскільки вона спрямована на визначення права, що підлягає застосуванню до спірних правовідносин з іноземним елементом. Можливо, існування різних підходів пов'язано із тим, що юридична природа автономії волі відрізняється від інших колізійних прив'язок підставою свого виникнення. Дійсно, вона нерозривно пов'язана із принципом свободи договору або свободи волевиявлення (у тому випадку, коли, наприклад, підставою виникнення довірчої власності є не договір, а установчий акт власника), тоді як усі інші колізійні прив'язки існують в силу звичаю або на підставі положень міжнародно-правового договору (наприклад, закон місцезнаходження речі, закон місця вчинення акту, закон місця виконання правочину, що визначає його форму тощо). Існування закону автономії волі є логічним та цілком виправданим, оскільки особа має природне право обирати те, що їй зручніше, корисніше і просто знайоме.

<sup>236</sup> Звеков В. П. Вказана праця. – С. 39.

<sup>237</sup> Ерпылева Н. Ю., Батлер У. Е. Коллизионные нормы в международном частном праве России и Украины // Государство и право. – 2007. – № 7. – С. 86.



Вибір права, яке має застосовуватися до довірчих правовідносин, повинен бути прямо виражений (міститися у документі про створення трасту чи договорі довірчого управління майном або складати окрему угоду, форма якої регулюється правом, що застосовується до форми основного правочину) або явно впливати з документа про створення трасту. Як правило, у разі існування прямо вираженої (*expressed*) вказівки про належне право проблем не виникає, проте можуть виникати труднощі у разі застосування установником неточних формулювань. Наприклад, вказівку на те, що траст має регулюватися американським правом чи правом Австралії, буде визнано недійсною, оскільки американського або австралійського права взагалі не існує, а кожен штат або, відповідно, провінція мають власне трастове законодавство<sup>238</sup>.

Прикладом того, що намір установника обрати певне право для регулювання трасту, явно впливає з умов документа про створення трасту (*implied*), може бути посилання на норми закону конкретної держави, зокрема на конкретні статті Закону Англії «Про довірчого власника». Хоча існує й інший підхід до цього. Деякі дослідники вважають, що у разі посилання у документі про створення трасту або договорі про довірче управління на нормативні акти національного права, зміст таких актів вважається інкорпорованим у договір, а питання про право, що підлягає застосуванню, має вирішуватися окремо<sup>239</sup>. На нашу думку, зважаючи на суттєву різницю у правозастосуванні та підходах до тлумачення положень правочинів у різних країнах, у кожному конкретному випадку слід виходити з дійсних обставин справи. Скоріше за все, суд країни загального права вважатиме, що у такому випадку вибір права явно впливає з умов документа про створення трасту. У той же час існує висока вірогідність, що суд країни континентального права дійде протилежного висновку, що належне право не було обране, а відтак необхідно застосовувати загальні колізійні норми для його встановлення.

Так само неоднозначно суди різних країн підходять до того випадку, коли сторони, не визначаючи прямо належне право, вказують на суд, компетентний розглядати спір, що може виникнути з таких правовідносин. За словами В. А. Канашевського, «вибір сторонами місця розгляду спору не може автоматично розглядатися як вибір

<sup>238</sup> Hayton D. The Hague Convention on the Law Applicable to the Trust and on Their Recognition // The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 36. No 2 (April 1987). – P. 269.

<sup>239</sup> Толстых В. Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. – М.: Спарк, 2002. – С. 49.

### 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення права, що підлягає...

ними права, що підлягає застосуванню». У той же час у зарубіжній літературі така умова розглядатиметься як «мовчазний» вибір права<sup>240</sup>. Можливо, сама по собі вказівка на компетентний суд ще не є підставою говорити, що вибір про право явно впливає із документа про створення трасту або договору довірчого управління майном, проте це є одним із факторів, які суд обов'язково враховуватиме.

У ст. 9 Конвенції про трасти також знайшов своє відображення підхід, який дозволяє, щоб окремий аспект трасту, а саме питання управління, регулювався іншим правом, яке дістало назву у доктрині міжнародного права як *dépeçage*, «юридичної біотехнології» або «розщеплення договірному статуту»<sup>241</sup>, «розщеплення колізійної прив'язки»<sup>242</sup>. Тобто установник має право у документі про створення трасту встановити, наприклад, що питання дійсності трасту регулюватимуться одним правом, а питання управління – іншим, або, що до управління однією частиною майна, переданого у траст, застосовуватиметься право однієї країни, а стосовно іншого – інше. Конвенція не конкретизує, яким чином повинен бути закріплений такий вибір, але, наприклад, на нашу думку, вибір права щодо окремих питань трасту повинен бути явно виражений, оскільки у разі відсутності чітко вираженого бажання установника застосовувати різне право до різних питань трасту, цілком логічно, що застосовуватиметься єдине право. Проте, як наголошує В. І. Кисіль, «такий вибір права ускладнює процес правозастосування, оскільки при одночасному застосуванні права декількох держав виникає проблема їх порівнянності та взаємної адаптації»<sup>243</sup>.

Крім того, може виникнути інша проблема, якщо установник обере для регулювання окремих питань трасту право країни загального права, а до інших питань – право країни, яка не визнає конструкції трасту. У такому випадку останній вибір права скоріше за все визнаватиметься недійсним, а належним правом, яке має регулювати всі аспекти трасту, вважатиметься обране право англо-американської країни.

---

<sup>240</sup> Канашевский В. А. Внешнеэкономические сделки. Правовое регулирование. – М.: Международные отношения, 2005. – С. 65.

<sup>241</sup> Канашевский В. А. Вказана праця. – С. 69.

<sup>242</sup> Функ Я. И. Курс внешнеторгового права: основные внешнеторговые сделки / Я. И. Функ, Д. А. Калимов, В. П. Сергеев / Под ред. Я. И. Функа. – Мн.: Изд-во деловой и учебной литературы, 2007. – С. 27.

<sup>243</sup> Кисіль В. І. Право, що застосовується до зовнішньоторговельних договорів: тенденції розвитку законодавчого регулювання // Юридичний журнал. – 2004. – № 2. – С. 25.

Для ілюстрації такої ситуації Д. Хейтон наводить наступний приклад<sup>244</sup>: у документі про створення трасту установник вказав, що питання дійсності трасту підпорядковані праву Англії, тоді як управління має здійснюватися за правом Франції. Вибір французького права є недійсним, оскільки Франція, яка протягом багатьох років не визнавала інститут трасту, не містить у своєму законодавстві жодних норм щодо прав та обов'язків довірчого власника та бенефіціарія. За таких обставин правом, яким мають регулюватися всі питання трасту, є виключно право Англії.

Обране установником право має застосовуватися до трасту протягом всього часу його існування, якщо лише установник не замінить його на інше шляхом внесення відповідних змін до документа про створення трасту. Можливість змінити право, яким має регулюватися траст, передбачено ст. 10 Конвенції про трасти. Згідно з цією нормою право, що застосовується до дійсності трасту, визначає можливість заміни іншим правом цього права чи права, що регулює окремий аспект трасту. При цьому правом змінити обране право наділений виключно установник трасту. Будь-яка інша особа, навіть та, яка за власним бажанням передасть належне їй майно в уже створений траст, не повноважна змінити право, яким він регулюється.

Зміна права, яким має регулюватися траст, може мати місце, наприклад, у разі переміщення майна, переданого у довірчу власність, з однієї країни до іншої, у разі зміни довірчого власника, зміни місця знаходження бенефіціарія, а іноді і для досягнення корисливої, хоча, в принципі, не протизаконної мети.

Прикладом останнього може бути справа *Re Marshall WL 371463 (2002 p.)*<sup>245</sup>, вміщена у *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, у якій на розгляд суду було представлено схему, за якої один із бенефіціарів запропонував перенести пожиттєвий траст із Техасу до Луїзіани<sup>246</sup>. У результаті вказаних «маніпуляцій» один із вигодонабувачів втратив можливість звернутися за судовим захистом за підсудністю до суду, що знаходився за його місцем проживання.

Варто також наголосити, що **принцип автономії волі** сторін при виборі права, що має застосовуватися до регулювання довірчих пра-

<sup>244</sup> Hayton D. The Hague Convention on the Law Applicable to the Trust and on Their Recognition // *The International and Comparative Law Quarterly*. - Vol. 36, No 2 (April 1987). - P. 270.

<sup>245</sup> Hendrickson R. A., Silverman N. R. Changing the Situs of a Trust. *Law Journal Press*, 1982. - P. XXVI §. 1.03 1-6.

<sup>246</sup> У даній справі розглядається «багатюрисдикційний» траст, оскільки у США питання щодо місцезнаходження трасту та його перенесення з одного штату до іншого регулюються спочатку колізійними нормами, які мають встановити право якого штату підлягатиме застосуванню.

### 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення права, що підлягає...

вовідносин, не є абсолютним. Зокрема, суб'єкти довірчих правовідносин мають право обирати лише матеріальне право, але у жодному випадку не процесуальне. Як підкреслив *Вищий господарський суд України у своєму Листі «Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів» від 01.01.2009 р.*<sup>247</sup>, державний суд України згідно з нормами міжнародного приватного права та загальноприйнятими нормами міжнародного цивільного процесу не має права застосовувати процесуальне законодавство іншої країни... Зазначене поширюється на випадки, коли процесуальні норми містяться у матеріальному праві іноземної держави.

Крім того, вибір права сторонами може бути **обмежений** дією імперативних норм країни суду та застереженням про публічний порядок. Щодо власне довірчих правовідносин, то, згідно з положеннями Конвенції про трасти, вибір права може бути обмежений застереженням про те, що обране право має визнавати траст (у протилежному випадку такий вибір права буде визнано недійсним у силу ч. 2 ст. 6 Конвенції про трасти). Наразі ми зупинимося лише на останньому, так би мовити «спеціальному», обмеженні дії принципу автономії волі, оскільки дія імперативних норм країни суду та застереження про публічний порядок будуть проаналізовані у пункті, присвяченому питанням застосування іноземного права.

Як відомо, у доктрині міжнародного приватного права існує ще один обмежуючий фактор для автономії волі – заборона обходу закону. Варто зауважити, що ми підтримуємо точку зору окремих дослідників, що застереження про обхід закону має бути витіснено концепцією імперативних норм і що «існування обох вказаних застережень лише ускладнить процес застосування іноземного права»<sup>248</sup>. Крім того, як Конвенція про трасти, так і низка міжнародно-правових актів, що містять колізійні правила, а також прогресивні новітні закони у сфері міжнародного приватного права багатьох країн не містять концепції обходу закону. Тому питання обходу закону при визначенні права, що має застосовуватися до регулювання довірчих правовідносин, у даній роботі розглядатися не будуть (хоча слід відмітити, що існує й

<sup>247</sup> Лист Вищого господарського суду України «Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів» від 01.01.2009 р. // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 2.

<sup>248</sup> Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. – К.: Україна, 2005. – С. 209–215.

абсолютно протилежна думка – що положення про обхід закону та застереження про публічний порядок «не пересікаються, не заважають функціонуванню один одного та мають своє призначення»<sup>249</sup>, тому їх, а також положення про дію імперативних норм країни суду слід розглядати окремо).

Єдиним «спеціальним» обмеженням автономії волі у сфері довірчих правовідносин є вимога, щоб обране право визнавало траст або конкретний вид трасту, для чого необхідно визначити, що означає: право «визнає» чи «не визнає» конструкцію трасту.

Як вже зазначалося, відповідно до ч. 1 ст. 2 Конвенції про трасти під трастом розуміються правовідносини, встановлені за життя або посмертно особою, засновником, коли майно було *передано під контроль* довірчого власника на користь бенефіціарія або для встановленої мети. Виходячи з буквального тлумачення цієї норми, у ній не йдеться про передачу майна у власність довірчого власника, що має місце у класичній моделі трасту, яка існує в Англії, США та інших країнах загального права. Оскільки вказана норма була сформульована як компроміс між правом англо-американських країн та правом країн цивільного права, то можна говорити, що термін «контроль» передбачає також і передачу майна в управління зі збереженням права власності за установником.

Тому, на нашу, думку, при виборі права, яке має застосовуватися до трасту, слід зважати на умови документа про створення трасту у всій їх сукупності. Так, якщо у документі про створення трасту наголошується, що право на передане майно не переходить до довірчого власника і належним правом визнається, наприклад, право Італії, то цей вибір права визнаватиметься дійним, оскільки право Італії дозволяє передачу майна для управління ним в інтересах третіх осіб.

Розглянемо й інший випадок. З документа про створення трасту явно вбачається, що право власності на майно, передане у траст, «розщеплюється». При цьому, установник знову ж таки обирає право Італії як право, що має застосовуватися до трасту. У цьому разі вибір права може бути визнано судом недійсним, оскільки право Італії не визнає існування права власності на одне й те саме майно у кількох осіб.

---

<sup>249</sup> Балдинюк В. Співвідношення положення про обхід закону та застереження про публічний порядок у міжнародному приватному праві // Підприємництво, господарство і права. – 2007. № 3 (135). – С. 17–18.

### 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення права, що підлягає...

Таким чином, при визначенні права, що підлягає застосуванню, необхідно використовувати чіткі формулювання та бути певним, що право, обране установником, визнає даний траст та містить необхідні норми для його регулювання. У разі недотримання цих умов завжди існує ймовірність визнання положення про вибір права недійсним.

Ще однією проблемою, пов'язаною із автономією волі у довірчих правовідносинах, дослідники називають випадок, коли установник довірчої власності може обрати той правопорядок, який не є визначальним, тобто не має тісного зв'язку із даним трастом<sup>250</sup>.

Варто зазначити, що принцип автономії волі при визначенні права, яким має регулюватися траст, закріплений у Конвенції про трасти, знайшов своє відображення також у законах про міжнародні трасти, прийнятих у різних країнах, зокрема, на Кіпрі, Багамських островах, Сейшелах, островах Санта Лучії, Барбадосу та інших. Проте у законодавстві вказаних держав даний принцип викладений дещо інакше. Закони цих країн передбачають право установника змінити право відповідної країни (наприклад, Кіпру) на іноземне право за умови, якщо останнє визнає дійсність трасту та відповідних прав бенефіціаріїв. Так само ці закони дозволяють у будь-який час змінити іноземне право на право відповідної країни. Зазначені положення законів про міжнародне право дозволяють гнучко реагувати на зміни законодавства та політичної ситуації в країні або просто залишають можливість змінювати право, яким регулюється траст, у разі зміни його місцезнаходження або зміни довірчого власника тощо.

Варто наголосити, що закони окремих країн, присвячені трастам, враховують імперативні вимоги і законодавства інших держав. Зокрема, у Законі Бермудів «Про трасти (спеціальні положення)» 1989 р. вказано, що навіть якщо траст створений відповідно до законів Бермудів, бермудський суд при вирішенні спору не має права змінювати або залишати поза увагою закони іншої країни, які стосуються: майнових або немайнових питань шлюбу, спадкування, як за заповітом, так і за його відсутності, особливо щодо питань обов'язкової частки подружжя або інших родичів, захисту прав кредиторів у справах про банкрутство, окрім тих випадків, коли положення законів іншої країни порушують публічний порядок або прямо суперечать законам Бермудів<sup>251</sup>. Хоча, як уже зазначалося, законодавство окремих країн ставить дійсність трасту вище за дію імперативних норм інших країн.

<sup>250</sup> Ross D. Tunnichliffe. Offshore Trusts: Tax Rules & Trust Concepts. CCH Canadian Limited, 2003. – P. 69.

<sup>251</sup> The Trident Practical Guide to International Trusts. Chancellor Publications Limited, 2004. – C. 27.

### **3.1.3. Принцип найбільш тісного зв'язку довірчого правовідношення із правом певної країни**

Якщо право, що має застосовуватися до довірчого правовідношення, не було визначено установником довірчої власності або сторонами договору довірчого управління майном, належне право має визначатися судом у кожному конкретному випадку з урахуванням усіх обставин справи.

Відповідно до ст. 7 Конвенції про трасти у випадку, якщо не було обрано право, що застосовується, управління трастом здійснюється відповідно до права, з яким траст найбільш тісно пов'язаний. Додамо також, що принцип найбільш тісного зв'язку, який, за словами О.О. Мережко, є «одним із проявів принципу справедливості у міжнародному приватному праві»<sup>252</sup>, закріплений також у законах про міжнародні трасти різних країн.

Правову природу вказаної колізійної прив'язки, на нашу думку, дуже вдало охарактеризував В.І. Кисіль, який зазначив, що «сам по собі «тісний зв'язок» не є чітким прив'язним критерієм і може бути охарактеризований як колізійна норма, що знаходиться у стадії становлення, або, скоріш, як матеріально-правова норма відсильного характеру, яка передбачає пошук оптимальних формул прикріплення. Специфіка такого пошуку полягає в тому, що здійснюється він, як правило, не серед встановлених законом норм, а у фактичних обставинах справи»<sup>253</sup>. Крім того, як зазначає інший видатний науковець О.Н. Садиков, принцип найбільш тісного зв'язку «має універсальний характер і здатен обслуговувати взагалі всі відносини з іноземним елементом, у той час як інші формули прикріплення можуть бути застосовані лише щодо певної групи правовідносин»<sup>254</sup>.

**При визначенні права, що має найбільш тісний зв'язок з трастом, необхідно враховувати у всій сукупності наступні фактори:**

- 1) місце управління трастом, визначене довірцем;
- 2) місцезнаходження майна, переданого у траст;
- 3) місцезнаходження довірчого власника або місце здійснення ним комерційної діяльності;

<sup>252</sup> Мережко А. А. Наука международного частного права: история и современность. – К.: Таксон (Ex professo), 2006. – С. 330.

<sup>253</sup> Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. – К.: Україна, 2005. – С. 102.

<sup>254</sup> Садиков О. Н. Коллизионные нормы международного частного права // СЕМП, 1983–1984. – С. 219.



4) цілі трасту та місце, де вони мають бути досягнуті.

Першим фактором, що має враховуватися судом при визначенні права, що має найбільш тісний зв'язок із трастом, Конвенція про трасти називає «**місце управління**» трастом. Гаазька конференція з міжнародного приватного права під час дослідження правової природи трасту вказала, що найбільш прийнятною колізійною прив'язкою за відсутності прямо вираженого вибору права установником трасту має бути право тієї країни, де мало здійснюватися управління трастом на момент його створення. Існувало кілька варіантів формулювання даного поняття, зокрема, як «основне місце управління» («*central place of administration*»), доміциль («*domicile*») або, власне, місцезнаходження («*situs*») трасту. Існування такої кількості варіантів підтверджувало важливість визначення вказаного поняття. Зрештою, члени спеціальної комісії дійшли висновку, що найбільш прийнятною колізійною прив'язкою є закон місця управління трастом.

Під поняттям «місце управління» трастом розуміють, як правило, місце вчинення довірчим власником активних дій по виконанню обов'язків з управління трастом («*the place of performance of the active duties*»). Дуже часто таким місцем є юрисдикція тієї країни, де перебувають довірчий власник або майно, передане в управління. Варто зазначити, що в англо-американській юридичній літературі та судовій практиці дане поняття взагалі отожднюють з поняттям «місцезнаходження» трасту.

Зокрема, у справі *Chiu v. Commissioner, T.C. Memo (1997 p.)*<sup>255</sup> податковий суд встановив, що місцезнаходження трасту загалом відноситься до місця виконання [управителем] активних обов'язків по управлінню трастом, і наприклад, коли установник трасту обирає певний банк довірчим власником, то місцезнаходження банку і є місцезнаходженням трасту.

В іншій справі *Glaeske v. Shaw WL 328290 (2003 p.)*<sup>256</sup> суд вказав, що під місцезнаходженням трасту розуміється вчинення активних дій по виконанню обов'язків з управління трастом «*the place of performance of the active duties*». Отже, місцем управління трастом є місце виконання довірчим власником активних дій з управління переданим майном.

У справі *Lindsay v. Miller (1949 p.)*<sup>257</sup> також суд дійшов висновку, що, незважаючи на ті обставини, що установник трасту був доміцильований у Шотландії та траст був створений за шотландськими законами,

<sup>255</sup> *Hendrickson R. A., Silverman N. R. Changing the Situs of a Trust. Law Journal Press, 1982. – P.1–2 § 1.01.*

<sup>256</sup> *Hendrickson R. A., Silverman N. R. Вказана праця. – P.1–2 § 1.01.*

<sup>257</sup> *Ross D. Tunnicliffe. Вказана праця. – P. 42.*

визначальним чинником при встановленні належного права є місце управління, тобто Австралія.

Під «**місцезнаходженням майна**», **переданого у траст**, розуміється та країна, на території якої таке майно фактично перебуває. Якщо у довірчу власність передано майно, що перебуває на території різних країн, то для визначення права, яке має найбільш тісний зв'язок із трастом, має враховуватися вид та кількість такого майна, а також інші обставини справи. Цілком можливо, що до однієї частини майна застосовуватиметься право однієї країни, а до іншої частини – інше, якщо це, звісно, не суперечить суті самого трасту.

Поняття «**місцезнаходження довірчого власника**» має розглядатися залежно від того, чи є довірчий власник фізичною, чи юридичною особою. У першому випадку його місцезнаходження має вирішуватися відповідно до колізійних прив'язок, які визначають особистий статус фізичної особи. У переважній більшості випадків під «місцезнаходженням» фізичної особи визнаватиметься місце її доміцilia, тобто постійного місця проживання, або у разі його відсутності – місце його перебування. У разі, коли довірчим власником виступає юридична особа, при визначенні її місцезнаходження залежно від обставин керуються або критерієм інкорпорації (місцем реєстрації або заснування), критерієм місцезнаходження її адміністративного центру (місцем знаходження виконавчого чи контрольного органу) або критерієм місця здійснення її основної діяльності.

Якщо ж говорити про випадок, коли довірчим власником виступає «квазіправосуб'єктне» утворення, тобто організація, яка не є юридичною особою згідно з правом держави, у якій вона створена, то його особистим законом визнаватиметься право цієї держави. Як правило, такий суб'єкт права створюється на підставі договору, який укладається між його засновниками, тому місцем його заснування слід вважати місце укладення установчого договору<sup>258</sup>. На нашу думку, місцезнаходження такого суб'єкта повинно співпадати з місцем його заснування, якщо інше прямо не вказано в установчому договорі.

Хоча, як показує судова практика, за певних обставин суд може дійти висновку, що правом, яке найбільш тісно пов'язане із трастом, є не право країни місцезнаходження довірчого власника, а інших суб'єктів довірчих правовідносин – довірителя та бенефіціаріїв.

<sup>258</sup> Васильченко А. П. Понятие и признаки фидуциарных сделок // Актуальные проблемы гражданского права: сб. статей. Вып. 11 / Под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М.: Норма, 2007. – С. 77.

### 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення права, що підлягає...

У справі *Iveagh v. IRC (1954 p.)*<sup>259</sup> установник трасту, який був резидентом Ірландії, створив траст на користь свого сина, який також був резидентом тієї ж країни. Майно, передане у довірчу власність, було розташоване у Англії. Виконання зобов'язань по управлінню майном мало відбуватися в Англії, однак щоденне управління здійснювалося з Ірландії. Суд, визначаючи право, яке підлягає застосування до даних відносин, встановив, що таким правом є право Ірландії. При цьому визначальним фактором було місцезнаходження установника трасту та бенефіціарія.

«Місцем здійснення комерційної діяльності» довірчим власником є місце, де останній здійснює основну частину дій, які становлять предмет його статутної діяльності безвідносно до здійснення управління конкретним трастом.

Що ж до останнього фактора, який має враховуватися при визначенні права, з яким траст має найбільш тісний зв'язок, можна вказати наступне. «Цілі трасту та місце, де вони мають бути досягнуті» повинні вказуватися у документі про створення трасту. Цільовий траст є окремим різновидом довірчої власності, за якої установник може не визначати вигодонабувачів. Натомість довіритель вказує конкретну ціль, яка має бути досягнута завдяки управлінню переданим майном. Прикладом цільового трасту може бути передача особою певного майна у благодійних цілях.

Вказані чотири фактори, безумовно, є дуже важливими при визначенні права, що має найбільш тісний зв'язок із трастом, проте, як вказано у справі *Chellaram v. Chellaram (1985 p.)*, для вибору належного права їх недостатньо. Вони мають становити лише частину фактичних обставин справи, тобто іншими словами, окрім вказаних факторів у кожному конкретному випадку мають враховуватися й інші обставини.

Наприклад, коли траст пов'язаний із шлюбними відносинами, важливе значення має також доміциль шлюбу (*Re Hewitt's Settlement (1915 p.)*), а у тих випадках, коли траст виникає із заповіту, питання його дійсності тісно пов'язані із законом країни останнього місця проживання померлого (*Re Lord Cable (1915 p.)*)<sup>260</sup>.

Отже, суд, вирішуючи питання про вибір права, з яким траст має найбільш тісний зв'язок, повинен зважувати кожен з вказаних вище критеріїв самостійно, а також давати їм правову оцінку в їх сукупності, обов'язково враховуючи при цьому й інші обставини справи.

<sup>259</sup> Ross D. Tunnicliffe. Вказана праця. – Р. 41.

<sup>260</sup> Hayton D. The Hague Convention on the Law Applicable to the Trust and on Their Recognition // The International and Comparative Law Quarterly. – Vol. 36, No 2 (April 1987). – Р. 271.

Окремо варто зупинитися на особливостях визначення права, що має найбільш тісний зв'язок із довірчим правовідношенням згідно з чинним законодавством України. Відповідно до ч. 2 ст. 32 Закону України «Про МПП» у разі відсутності вибору права держави застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правочином. При цьому, «відсутність згоди» сторін договору означає або те, що сторони договору взагалі не прагнули досягнення такої згоди, або що сторони не змогли досягнути згоди з цього питання, або що сторони скасували раніше досягнуту ними згоду, або угода про вибір права, укладена сторонами договору, була визнана недійсною<sup>261</sup>. У ч. 3 вказаної статті встановлено, що якщо інше не передбачено або не впливає з умов, суті правочину або сукупності обставин справи, то правочин більш тісно пов'язаний з правом держави, в якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту правочину, має своє місце проживання або місцезнаходження. Йдеться про так звану доктрину «характерного виконання» (*characteristic performance*).

Відповідно до п. 15 ч. 1 ст. 44 Закону України «Про МПП» у договорі управління стороною, яка повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення, є управитель. Виходячи з вказаної норми та враховуючи положення ст. 32 Закону України «Про МПП», українські дослідники доходять висновку, що, якщо інше не передбачено або не впливає з умов, суті правочину або сукупності обставин справи, до «договору довірчого управління застосовується право країни, в якій має звичайне місцеперебування, місцезнаходження або місце діяльності сторона, яка є довірчим управителем, – саме тією особою, на яку покладено обов'язок виконання договору»<sup>262</sup>, з чим ми повною мірою погоджуємося.

Однак слід наголосити, що чинна редакція Закону України «Про МПП» не враховує того випадку, коли договір управління майном є підставою для переходу довірчої власності до довірчого власника. Через це ми **пропонуємо викласти** п. 15 ч. 1 ст. 44 Закону України «Про МПП» таким чином: «... стороною, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, є, зокрема: управитель (довірчий власник) – за договором управління майном». Таке

<sup>261</sup> Васильченко В. В. Вказана праця. – С. 114.

<sup>262</sup> Очерки международного частного права / Под ред. проф. А. Довгерта. – Х.: ООО «Одиссей», 2007. – С. 555.

формулювання охоплюватиме як відносини управління майном, так і відносини довірчої власності.

Як і в інших країнах, в Україні діють спеціальні правила щодо визначення права, з яким найбільш тісно пов'язаний договір щодо нерухомого майна. Таким правом визначається право держави, в якій це майно знаходиться, а якщо таке майно підлягає реєстрації – право держави, де здійснена реєстрація (ч. 2 ст. 44 Закону України «Про МПП»). Отже, якщо предметом договору управління майном є нерухоме майно (або майно, що підлягає реєстрації), то правом, яке має застосовуватися до такого договору, вважатиметься право країни місцезнаходження переданого майна (або місце його реєстрації), а не право місця проживання або місцезнаходження управителя.

#### **3.1.4. Визначення права, що підлягає застосуванню до спеціальних питань довірчих правовідносин з іноземним елементом**

Вище ми охарактеризували статут довірчих правовідносин з іноземним елементом, який має визначати їх «сутність», тобто права та обов'язки учасників. Наразі ми звернемо увагу на інші загальні формули прикріплення, які мають регулювати спеціальні питання довірчих правовідносин, ускладнених іноземним елементом, зокрема, питання правосуб'єктності його учасників, форми правочинів, які є підставою для їх виникнення, зміни, припинення тощо. Йдеться, насамперед, про особистий закон фізичної особи (*lex personalis*), особистий закон юридичної особи (*lex societas*), закон місця знаходження майна (*lex rei sitae*) та закон місця вчинення акту (*lex loci contractus*).

Особистий закон (*lex personalis* або *lex societas*) необхідно враховувати під час вирішення питання загальної правосуб'єктності учасників довірчих правовідносин з іноземним елементом, тобто питання їх правоздатності, дієздатності, а іноді – і деліктоздатності (що стосується, перш за все, довірчого власника або довірчого управителя). При встановленні особистого закону фізичної особи (*lex personalis*) керуються, залежно від положень законодавства тієї чи іншої країни, або законом її громадянства (*lex patriae, lex nationalis*) – Німеччина, Іспанія, Італія, Португалія, Куба, Гаїті, Панама та ін., або законом її доміциля (*lex domicili*) – як правило, країни англо-американського права: США та Англія. Деякі країни, наприклад Австрія, також керу-

ються «змішаними» колізійними прив'язками, які враховують як закон громадянства, так і закон доміцilia.

Якщо розглядати повноваження *установника*-фізичної особи на передачу певного майна у довірчу власність/управління, то необхідно враховувати наступні моменти, визначені його особистим законом: 1) вік, з якого особа має право відчужувати належне їй майно, у тому числі і шляхом передачі його у довірчу власність або управління; 2) стан здоров'я, а іноді навіть стать та соціальне становище особи, яка виступає установником трасту.

Наприклад, можливість створити позитивний траст на рухоме майно визначається виходячи із принципів англо-американського права, які регулюють загальну правоздатність на укладення договору, а право укладати договори (окрім побутових, які мають незначну ціну), у тому числі і право відчужувати нерухоме майно, особа набуває лише з моменту набуття нею повної цивільної дієздатності відповідно до її особистого закону. Проте, як відомо, вік, а іноді й умови набуття повної дієздатності у різних країнах можуть значною мірою відрізнятися.

Наприклад, цивільні кодекси більшості країн Європи, а також законодавство Англії передбачають набуття особою повної цивільної дієздатності з 18 років. Виняток становить Швейцарія, де вказаний віковий ценз піднято до 20 років. Що ж до США, то у цій країні вік, з якого особа визнається повністю дієздатною, визначається залежно від штату та варіюється від 18 до 21 року. Крім того, варто враховувати, що далеко не всі країни, у тому числі Англія та США, визнають інститут емансипації, тобто можливості набуття особою повною цивільною дієздатністю до досягнення передбаченого законом віку за рішенням суду.

Окрім загальних норм щодо набуття повної дієздатності за особистим законом варто враховувати ще й спеціальні положення закону, які стосуються довірчих правовідносин, оскільки, як було вказано у попередньому розділі, правом передавати майно саме у довірчу власність за законодавством окремих країн наділені також і неповнолітні, які невдовзі мають досягти повноліття.

Продовжуючи дослідження дієздатності в окремих країнах, варто також акцентувати увагу, що відповідно до норм загального права у деяких американських штатах заміжні жінки та іноземці наділені обмеженою цивільною дієздатністю, а відтак вони не мають права

### 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення права, що підлягає...

виступати в якості довірителя. Однак в Англії, яка, як і США, відноситься до системи загального права, жінки мають право виступати довірцями як за життя, так і при заснуванні трасту за заповітом. Ще одним цікавим винятком щодо можливості особи засновувати траст є положення про те, що за англійським правом особа, засуджена за зраду або фелонію, позбавляється права засновувати довірчу власність до повного погашення судимості<sup>263</sup>. Зрозуміло також, що установником трасту не може виступати особа, яка за її особистим законом була визнана в установленому порядку недієздатною або обмежено дієздатною через стан психічного здоров'я або через зловживання спиртними напоями чи наркотичними засобами.

За особистим законом фізичної особи також має визначатися, чи повноважна вона виступати у якості *довірчого власника або управителя*, оскільки у деяких країнах, у тому числі й в Україні та Російській Федерації, довірчими власниками або довірчими управителями можуть виступати виключно суб'єкти підприємницької діяльності.

У тих же країнах, де довірчим власником або довірчим управителем має право бути фізична особа, діє основоположний принцип, відповідно до якого будь-яка дієздатна особа може виконувати його функції. Це зрозуміло, оскільки, виконуючи свої повноваження, довірчий власник/управитель зобов'язаний здійснювати необхідні правомірні дії, якщо цього вимагають інтереси бенефіціаріїв або це необхідно для досягнення цілей трасту. Крім того, довірчий власник повинен бути наділений можливістю нести відповідальність за свої дії, тобто бути деліктоздатним<sup>264</sup>.

Законодавство окремих країн може також містити спеціальні вимоги до правосуб'єктності довірчого власника-фізичної особи. Наприклад, особистий закон може вимагати від нього отримання спеціальних дозволів або ліцензій для провадження такого виду діяльності. Проте справедливо було б зазначити, що така вимога стосується переважно юридичних, а не фізичних осіб-управителів.

І нарешті кілька слів про правосуб'єктність *вигодонабувача*, яка також має визнаватися за його особистим законом. У переважній більшості випадків, коли особа виступає бенефіціарієм, питання її праводієздатності не має значення, оскільки вигодонабувачем може бути будь-яка фізична особа, навіть недієздатна (малолітні діти, а та-

<sup>263</sup> Фунтикова Н. В. Вказана праця. – С. 81.

<sup>264</sup> Слипченко С. А. Право доверительной собственности. – Х.: Консум, 2000. – С. 82.



кож особи, позбавлені судом дієздатності) або обмежено дієздатна (неповнолітні діти та особи, обмежені у дієздатності). Однак у тих випадках, коли вигодонабувач повинен самостійно реалізовувати свої права, наприклад, право на захист у суді, він повинен володіти необхідним обсягом дієздатності, у тому числі процесуальної.

Перейдемо тепер до аналізу такої колізійної прив'язки як особистий закон юридичної особи (*lex societatis*), яка залежно від країни може означати або місце реєстрації юридичної особи, або місце розміщення її адміністративних чи контролюючих органів, або місце здійснення її основної діяльності. Незалежно від способу визначення особистого закону юридичної особи, саме цей закон має визначати, чи повноважна вона виступати у якості установника трасту, довірчого власника або бенефіціарія.

Як відомо, будь-яка юридична особа наділена дієздатністю, тобто здатністю своїми діями набувати для себе права та обов'язки, з моменту її створення. Проте залежно від законодавства конкретної країни дієздатність юридичної особи може бути або загальною, або спеціальною. Якщо юридична особа наділена загальною дієздатністю, вона повноважна набувати права та здійснювати будь-які права та обов'язки, що й фізична особа (окрім тих, що притаманні виключно природі людини), якщо ж дієздатність юридичної особи є спеціальною, то вона наділена правом вступати лише у ті цивільні правовідносини, які передбачені для неї законом або її статутними документами.

Юридична особа, яка є власником свого майна, має право вступати у цивільні правовідносини, у тому числі й передавати належне їй майно іншим особам на різних титулах. Якщо особистий закон юридичної особи в принципі передбачає можливість існування довірчих конструкцій (довірчої власності, довірчого управління або їх аналогів), то, відповідно, і будь-яка юридична особа, наділена загальною дієздатністю, має право виступати *установником* трасту або стороною договору управління майном, а також *вигодонабувачем*.

Щоб відповісти на питання про можливість юридичної особи виконувати функції *довірчого власника або довірчого управителя*, варто звертати увагу на наступне. У переважній більшості країн, у тому числі й тих, у яких діють окремі закони, присвячені міжнародним трастам, встановлено, що юридична особа може виступати довірчим власником/управителем лише за наявності відповідного дозволу або ліцензії. Зокрема, у США більшість штатів вимагає отримання спе-

### 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення права, що підлягає...

ціальної ліцензії на відкриття траст-відділу у складі банку, в Англії ліцензуванню підлягає інвестиційний бізнес, а в Панамі ліцензію повинні отримувати професійні довірчі власники, підконтрольні Панамській банківській комісії. Цікаво, що на Бермудах ліцензію на провадження трастової діяльності видає міністр фінансів, враховуючи економічне становище країни, позитивні та негативні наслідки для країни від видачі конкретної ліцензії, походження компанії, попередню діяльність її працівників. У Монако існує список довірених осіб, у тому числі й міжнародних<sup>265</sup>.

У законодавстві окремих країн, які визнають інститут трасту, можуть існувати положення, які виключають або не передбачають діяльність довірчого власника у певних випадках.

Цікавим прикладом відсутності такої спеціальної дієздатності юридичної особи – довірчого власника може бути справа *Four Seasons Overseas N. V. v. Finimturst S.A.* (1971 р.)<sup>266</sup>, розглянута судом Люксембургу. Finimturst S.A. за договором виконував обов'язки довірчого власника Four Seasons Overseas N. V. під час розміщення цінних паперів для компанії Eurodollar. Суд постановив, що траст не може бути визнаний дійсним, виходячи зі ст. 88 Закону Люксембургу «Про компанії», яка містила вичерпний перелік осіб, що мають право брати участь під час розміщення цінних паперів. При цьому серед вказаного переліку довірчий власник був відсутній, тому створений траст був визнаний недійсним. З цих підстав суд дійшов висновку, що довірчий власник, який діє на підставі договору, не може бути визнаний довірчим власником у даній справі.

У багатьох країнах, у тому числі й в Україні та Російській Федерації, особа, яка має бажання виконувати функції довірчого управителя, повинна мати статус суб'єкта підприємницької діяльності із загальною дієздатністю. Отримання спеціальної ліцензії вимагається лише у разі здійснення довірчого управління окремими видами майна, зокрема цінними паперами. Довірчим управлінням цінними паперами мають право займатися виключно професійні учасники ринку цінних паперів, які отримали відповідну ліцензію Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку.

Отже, залежно від країни, від категорії майна, переданого у довірчу власність/управління, дієздатність юридичної особи-управителя може

<sup>265</sup> Генкин А. С. Эффективный траст: опыт Западной Европы и российская практика. - М.: Издательский дом «АЛЬПИНА», 1999. – С. 89–90.

<sup>266</sup> Harris J. The Hague Trusts Convention: Scope, Application, and Preliminary Issues. Hart Publishing, 2002. – P. Vii.

бути або загальною, або спеціальною. В останньому випадку за відсутності необхідного дозволу або ліцензії здійснення такою юридичною особою функцій довірчого власника/управителя може бути визнано незаконним, а такий траст, або договір про довірче управління – недійсним.

Для довірчих правовідносин з іноземним елементом особливу роль відіграє закон місцезнаходження майна (*lex rei sitae*), переданого у власність або управління.

Загальновідомо, що більшість правових систем сприйняли поділ усіх речей на рухомі (*movables*) та нерухомі (*immovables*), але цей поділ далеко не завжди однаковий у різних країнах. Як зазначав М. Вольф, «якщо говорити про матеріальний предмет те, що він є рухомим або нерухомим, то це може означати лише те, що даний предмет може або не може бути переміщений із одного місця в інше. Ця природна, неюридична відмінність є відправною точкою для правового розмежування, але не більше, ніж відправною точкою»<sup>267</sup>. Права на землю, незалежно від підстави їх класифікації, є нерухомістю завжди і скрізь. Але стосовно деяких речей, які за своєю природою є рухомими, виникають складності. В українському праві – це, наприклад, судна, космічні кораблі тощо. В австрійському праві до нерухомості відноситься риба в озері та звірі у лісі. У Німеччині тимчасові будівлі типу виставкових зал, які не можна вільно переміщувати у просторі, визнаються рухомістю тощо. Багато правових систем поширюють режим рухомості та нерухомості на нематеріальні речі, наприклад, на зобов'язання, акції, торгові та промислові підприємства, іпотеки та інші права вимоги. Тобто за таких обставин зникає першопочаткове значення слів: рухомість та нерухомість.

При визначенні права, що підлягає застосуванню до довірчих правовідносин з іноземним елементом, необхідно, перш за все, встановити, чим за своєю юридичною природою є майно, передане у траст/довірче управління. Загалом, науковці та судова практика різних країн (Англії, Франції, Німеччини, України, Російської Федерації) погоджуються з тим, що віднесення майна до тієї чи іншої категорії необхідно здійснювати за правом місцезнаходження майна, а стосовно нематеріальних предметів, що не мають реального місцезнаходження, – за правом тієї країни, яка має близьку аналогію із місцезнаходженням матеріальних речей<sup>268</sup>.

<sup>267</sup> Вольф М. Международное частное право / Под ред. Л. А. Лунца. М.: Гос. изд-во иностранной литературы. – 1948. – С. 534.

<sup>268</sup> Вольф М. Вказана праця. – С. 535–536.

### 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення права, що підлягає...

Віднесення майна до рухомого чи нерухомого має практичне значення, важливою ілюстрацією чого є правило, яке пов'язується із англійською доктриною «конверсії» та полягає у наступному: гроші, які за розпорядженням спадкодавця повинні були вкладені у купівлю землі, і земля, яка підлягає продажу та перетворенню у гроші, розглядаються як те майно, в яке вони мають бути перетворені. Сутність цієї доктрини права справедливості зводиться до того, що за наявності такого розпорядження реальне майно розглядається у деяких випадках як персональне, а персональне – як реальне, наприклад, майно, передане довірчому власнику для продажу та виплати виручених коштів визначеній особі – вигодонабувачу. Якщо до моменту вчинення продажу ця особа (бенефіціарій) помирає, все одно до його спадкової маси повинно бути віднесено і ті кошти, які надійдуть від продажу майна, переданого у довірчу власність. Хоча це, звичайно, не змінює того факту, що земля до продажу залишатиметься нерухомістю. Дане положення набуває особливого значення у тому випадку, коли вигодонабувач у відносинах довірчої власності помирає, будучи доміцільованим в іноземній державі до здійснення конверсії.

Класичним прикладом є справа *Re Chatfield v. Berthold*<sup>269</sup>. Х, який був доміцільованим в Угорщині та мав маєток в Англії, переданий довірчому власнику для продажу. Х. помер, не залишивши заповіту до того моменту, як був проданий маєток. Англійська колізійна норма передбачає, що спадкування без заповіту регулюється правом місцезнаходження майна, якщо йдеться про нерухомість, та правом доміцilia, якщо йдеться про рухоме майно. Враховуючи обставини справи, суд мав вирішити, чи є маєток нерухомим майном, незважаючи на доктрину конверсії, чи ні. Оскільки нерухоме майно було передано у довірчу власність з метою продажу, воно, з точки зору права справедливості, уже представляло собою гроші, а гроші, як відомо, є рухомим майном, тому питання правонаступництва повинно було підпорядковуватися угорському праву. Проте суддя вказав на помилковість такого твердження. Основне питання, що постало перед судом, полягало у тому, чи була нерухомість тією річчю, до якої мав інтерес померлий. Це не мало нічого спільного із наступним питанням, яке могло виникнути у зв'язку із доктриною конверсії, а саме: чи повинно реальне майно розглядатися як персональне. Суд вирішив, що непродана земля є нерухомістю, незважаючи на розпорядження перетворити її у гроші, і що правом, яке підлягає застосуванню за даних обставин, є право місцезнаходження майна.

<sup>269</sup> Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / Под ред. М. М. Богуславского. – М.: Прогресс, 1982. – С. 235–236.

Окрім визначення правового режиму майна, переданого у довірчу власність/управління, *lex rei sitae* широко застосовується також при визначенні права, що підлягає застосуванню до довірчих правовідносин з іноземним елементом, що підтверджується висновками, викладеними у цілому ряді судових прецедентів.

У справах *Black v. Black's Trustee* (1950 p.) та *Bank of Africa v. Coben* (1905 p.)<sup>270</sup> підтверджено, що право особи розпоряджатися належними їй землями, визначається за законом їх місцезнаходження (*lex situs*). Зокрема, в останній справі заміжня жінка, доміцільована в Англії, на підставі договору передала у довірчу власність Англійському банку належні їй землі, що знаходилися у Південній Африці, з метою уникнути поширення боргів її чоловіка на вказані землі. Відповідно до законів Південної Африки вона не мала права цього робити, оскільки закони даної країни містили інші способи захисту прав заміжніх жінок. Тому перед судом постало питання, чи поширюються дані закони на жінок, що не є резидентами Південної Африки. Суд вирішив, що має застосовуватися закон місцезнаходження нерухомості та з цих підстав визнав відсутність у неї права на укладення такого правочину. Отже, незважаючи на те, що особистий закон фізичної особи дозволяв передавати майно у довірчу власність, було застосовано закон місцезнаходження нерухомого майна, який не передбачав існування такого правочину, що стало підставою недійсності трасту.

Ще одним цікавим прикладом застосування закону місцезнаходження майна може бути справа *Piercy v. ETFAS* (1956 p.)<sup>271</sup>, яка стала предметом розгляду Трибуналу Орістано (Італія). Майор В. Х. Пірсі, доміцільований у Великобританії, на підставі заповіту передав усе належне йому майно, як реальне, так і персональне, у довірчу власність з метою його наступного продажу. Він призначив спільними довірчими власниками свою дружину та трьох дітей. Серед повноважень довірчих власників були, зокрема, право затримати продаж будь-якого майна та продовжувати його звичайне використання, право інвестувати грошові кошти на їх розсуд та інші. Зрештою, після продажу всього майна отримані кошти підлягали розподілу між його дітьми у трьох рівних частинах. Тобто діти мали бенефіціарний інтерес в отриманих під продажу майна коштах.

Серед майна, що належало спадкодавцю, були також сільськогосподарські землі у Сардинії. Після його смерті та до того моменту, як вказані землі були продані довірчими власниками, уряд Сардинії

<sup>270</sup> Harris J. The Hague Trusts Convention: Scope, Application, and Preliminary Issues. Hart Publishing, 2002. – P. 14.

<sup>271</sup> Kodilinye G. The Hague Convention on the Law Applicable to the Trust and on Their Recognition: Implementation in Italy // The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 43. (July 1994). – P. 656–657.

### 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення права, що підлягає...

з метою підтримки аграрного сектору прийняв декрет про реформування у сфері земельних наділів. Відповідно до вказаного декрету усі земельні наділи, площа яких перевищувала встановлений розмір, підлягали примусовому вилученню спеціальною урядовою комісією (ETFAS) з наступним поділом на менші частини та перепродажем фермерам. ETFAS ініціювала судовий позов проти вдови майора Пірсі, як однієї з довірчих власників, яка проживала у маєтку на спірних землях. У справу вступили діти майора, які заперечували проти позову з тих підстав, що вдова не є власником цього майна та не має жодного бенефіціарного інтересу у ньому, вона є виключно пасивним довірчим власником. За таких обставин декрет не міг її стосуватися.

Перед судом постало питання про те, яким правом слід керуватися при визначенні власника земельної ділянки. В італійському праві відсутній інститут трасту, через що виникла проблема кваліфікації. Найбільш тісним правом, яким мали регулюватися дані питання, були колізійні норми спадкового права Італії. Відповідно до італійського колізійного права до правовідносин спадкування має застосовуватися право громадянства померлого на момент його смерті, якщо це не суперечитиме публічному порядку. За обставин справи таким правом було право Англії, що, звісно, визнавало інститут трасту. Проте, згідно з Цивільним кодексом Італії перехід права власності, реєстрація землі та інші питання мали регулюватися за правом місцезнаходження об'єкту права власності.

Суд, проаналізувавши конструкцію англійського трасту, прийшов до висновку про те, що передача реального майна в Італії (що підпорядковується *lex loci situs*) у довірчу власність порушуватиме італійський публічний порядок та суперечитиме основним принципам права власності в Італії. Перед судом при розгляді справи постали три варіанти її вирішення: 1) заповіт майора Пірсі у частині, що стосується передачі земель у траст, визнається недійсним, тому перехід права власності на реальне майно, розташоване в Італії, має відбуватися відповідно до законів Англії, які застосовуються за відсутності заповіту; 2) довірчі власники визнаються повними власниками на майно і 3) бенефіціари визнаються повними власниками на майно. Після аналізу всіх обставин справи суд зупинився на третьому варіанті, виходячи з правового принципу італійського права (*favor testamenti*), відповідно до якого суди повинні, наскільки це можливо, слідувати волі померлого, висловленій у заповіті. Оскільки італійське право не розрізняло довірчих власників та бенефіціаріїв, суд ототожнив вигодонабувачів за трастом з дійсними власниками майна. Таким чином, ETFAS при визначенні розміру земель, які підлягали вилученню, мала враховувати не розмір всієї землі, яка належала майору, а пізніше перебувала у довірчій власності вдови, а розмір земельних ділянок кожного із його дітей.

Наведені судові справи яскраво показують, що у разі передачі у довірчу власність/управління майна, що знаходиться у країні, яка не визнає інституту трасту, документ про створення трасту (або його частина) можуть бути визнані недійсними як такі, що суперечать публічному порядку або просто не відповідають імперативним нормам законодавства відповідної країни. При цьому виникає логічне питання, чи може особа, доміцильована у країні цивільного права, передати у довірчу власність певне майно, що перебуває на території країни, яка визнає категорію трасту, і чи не буде документ про створення трасту визнано недійсним?

Як показує судова практика, така передача можлива. Ще у 1873 р. у справі *Freke v. Carbery*<sup>272</sup> суд встановив, що дійсність трасту на рухоме майно, заснованого на підставі заповіту, визначається за правом місцезнаходження майна.

У більш пізній справі *Jane N. Renard (1981 p.)* перед судом поставили такі питання: чи має право заповідач, доміцильований на момент смерті у країні цивільного права, яка не визнає дійсність англо-американського трасту і яка накладає певні обмеження на свободу заповіту, наприклад, у Франції, передати майно, розташоване у Франції, у траст? І чи може він цим самим захиститися від можливого позову його дитини, яка має право на обов'язкову частку у цьому майні за правом країни його місця проживання? І чи може спадкоємець, передаючи майно у довірчу власність, таким чином обійти заборони, що існують у країні, де він доміцильований. Суд ствердно відповів на всі поставлені вище запитання. Особа, яка доміцильована у країні континентального права, може обійти приписи його закону, у тому числі й обмеження щодо обов'язкової частки у спадщині при спадкуванні. Для цього цій особі достатньо перемістити належне їй майно, зокрема «нематеріальну» власність<sup>273</sup>, до країни англо-американського права та передати вказане майно у довірчу власність.

Отже, у тому разі, якщо майно знаходиться у країні, яка визнає інститут трасту, його можна передавати у траст навіть тим особам, особистий закон яких не визнає існування довірчої власності, оскільки за таких обставин застосовуватиметься закон місцезнаходження переданого майна.

<sup>272</sup> *Hayton D. The Hague Convention on the Law Applicable to the Trust and on Their Recognition // The International and Comparative Law Quarterly. -Vol. 36, No 2 (April 1987). – P. 271.*

<sup>273</sup> Intangibles – «нематеріальна» власність, до якої відповідно до доктрини англо-американського права відносяться рахунки у банку, облигації та інші цінні папери. Разом із «матеріальною» власністю (tangible property) вона складає частину особистої власності (personal property), яка у свою чергу протиставляється нерухомості (real estate).



### 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення права, що підлягає...

Проте варто наголосити, що застосування колізійної прив'язки *lex rei sitae* у деяких випадках може призвести до негативних наслідків, а саме – до невизнання трасту. Як і у більшості країн світу, в Іспанії діє основоположний принцип, що право володіння та право власності на рухоме та нерухоме майно визначаються правом країни, де це майно знаходиться. Однак, як наголошує Б. Убертацці, «застосування вказаної колізійної прив'язки саме стосовно трасту не матиме успіху»<sup>274</sup>. Якщо майно передане у довірчу власність, наприклад, за спадковим трастом, то правовий статус бенефіціарія прирівнюється до спадкоємця, а довірчий власник – до виконавця заповіту. У такому випадку перед судом постає наступне питання: кому з них належить право власності на майно, передане у траст – бенефіціарію чи довірчому власнику. Якщо право власності на майно переходить за спадковим трастом до бенефіціарія, то для відчуження майна довірчий власник повинен отримувати дозвіл у вигодонабувача. Проте однією із характерних рис трасту є те, що довірчий власник має права та обов'язки щодо управління, користування та розпорядження майном відповідно до умов договору та покладених на нього законом обов'язків незалежно від вказівок вигодонабувача. Навпаки, встановлення необхідності отримання дозволу бенефіціарія на відчуження майна буде грубим порушенням правової природи трасту. З іншого боку, якщо уявити, що власником переданого майна є довірчий власник, то у такому випадку він має право на вільне відчуження переданих активів як своїх власних. Однак така ситуація також є неможливою, оскільки вона прямо суперечить вимозі, відповідно до якої майно, передане у довірчу власність, складає окремий капітал, а не входить до майна довірчого власника. Тобто надання дозволу довірчому власнику вільно відчужувати передане у траст майно порушить основні засади функціонування трасту. Таким чином, можна дійти висновку, що застосування колізійної прив'язки місцезнаходження майна може призвести до невизнання самого майна, переданого у траст, відокремленням або до встановлення для довірчого власника обов'язку отримання згоди бенефіціарія на відчуження майна. Будь-яка зі вказаних ситуацій змінить фундаментальні засади трасту.

Аналіз наведених вище судових справ, а також положень законодавства та здобутків правової доктрини різних країн показує, що

<sup>274</sup> Ubertaini B. The Trust in Spanish and Italian Private International Law Part II. Trusts & Trustees Advance Access published online on February 16, 2007. – P. 10.

закон місцезнаходження речі відіграє надзвичайно важливу роль при визначенні права, що підлягає застосуванню до довірчих правовідносин з іноземним елементом. Саме положення закону місцезнаходження майна, переданого у довірчу власність або управління, часто мають пріоритетне значення навіть над правом, обраним установником або сторонами. Це слід враховувати при передачі майна у траст або в управління, оскільки, як було показано вище, існує ймовірність визнання документа про створення трасту (у тому числі й заповіту) або договору довірчого управління майном недійсними з тих підстав, що закон, де таке майно знаходиться, не визнає існування такої конструкції. Може бути й інший наслідок невизнання певної довірчої конструкції за *lex rei sitae* – суд може з урахуванням обставин справи віднайти близьку конструкцію у національному праві, яка, на його думку, максимально відповідатиме волі власника переданого майна або установника трасту. Проте, іноді у результаті такої підміни можуть бути змінені і правові наслідки, яких хотіла досягнути особа, яка передавала майно у довірчу власність або управління.

Наступною колізійною прив'язкою, яка має значення для довірчих правовідносин з іноземним елементом, є закон місця вчинення акту (*lex loci actus*), під яким розуміють також закон місця укладення договору (*lex loci contractus*), закон місця вчинення правочину, що визначає його форму (*lex regit actum*) та закон місця виконання зобов'язання (*lex loci solutionis*).

На даний момент закон місця укладення договору (*lex loci contractus*) починає втрачати свій багатолітній пріоритет, оскільки у сучасних умовах досить складно встановити, на території якої з країн було укладено той чи інший договір. Це пояснюється тим, що значна частина договорів укладається за допомогою сучасних засобів зв'язку, таких як кореспонденція, телекси, факси, електронна пошта, телефон, радіозв'язок тощо<sup>275</sup>. Крім того, договори можуть бути укладені на борту літака, у потязі, в аеропорту тієї чи іншої країни, яка може абсолютно не бути пов'язаною із договором.

Проте закон місця вчинення договору продовжує ще відігравати певну роль при регулюванні правовідносин з іноземним елементом, у тому числі й довірчих. Звичайно, про його застосування може йтися виключно тоді, коли підставою виникнення довірчих правовідносин

<sup>275</sup> Бенедевский Т. Международное частное право/Отв. ред. Е. А. Суханов. – М.: Статут, 2005. – С. 337.

### 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення права, що підлягає...

є договір. Тобто дана колізійна прив'язка в принципі не може бути використана, коли траст було засновано на підставі одностороннього акту волевиявлення установника або за заповітом.

Як вбачається із судової практики, дану колізійну прив'язку можуть застосовувати разом з іншою колізійною нормою, а саме – законом, що має найбільш тісний зв'язок із трастом.

Зокрема, у справі *Charron v. Montreal Trusts Co. (1958 р.)*<sup>276</sup> Апеляційний суд Онтаріо встановив, що правом, яке має застосовуватися до спірних відносин, є закон місця укладення договору, тобто закон, що за даних обставин є найбільш тісно пов'язаним із договором.

В іншій справі *Poyeu v. Hordern (1900 р.)*<sup>277</sup> встановлено, що питання щодо правоздатності особи на заснування та дійсність трасту, до якого передано рухоме майно, визначаються за законом місця укладення трастового договору. Винятком із цього правила можуть бути положення закону тієї країни щодо несумісності трасту із засадами публічного порядку.

Таким чином, за певних обставин справи закон місця укладення договору може бути використаний судом при визначенні права, що підлягає застосуванню до трасту, проте це, скоріше, виняток, аніж загальне правило.

Значно частіше суди застосовують іншу колізійну прив'язку, а саме – закон місця вчинення правочину, що визначає його форму (*lex regit actum*). Дана колізійна норма є досить важливою, оскільки іноді недотримання форми правочину може стати підставою для визнання його недійсним. Багатолітньою практикою різних країн, яка бере свій початок ще у середньовіччі, було сформульовано загальний принцип, згідно з яким форма, у якій вчинюється правочин, підпорядкована праву країни місця його вчинення. Винятком з цього правила можуть слугувати окремі норми законодавства окремих країн, зокрема, положення ст. 1209 ЦК Російської Федерації, яка встановлює, що форма зовнішньоекономічної угоди, у якій хоча б одна зі сторін є російською юридичною особою, незалежно від місця її укладення, визначається за російським правом. Інший виняток становить суворо імперативна норма багатьох країн щодо підпорядкування форми договору стосовно нерухомого майна праву держави, у якій знаходиться або зареєстровано це майно.

---

<sup>276</sup> *Harris J. The Hague Trusts Convention: Scope, Application, and Preliminary Issues.* Hart Publishing, 2002. – P. 14.

<sup>277</sup> *Harris J.* Вказана праця. – P. 18.

Стосовно довірчих правовідносин можна вказати наступне. Як відомо, у країнах англо-американського права для створення трасту не вимагається жодного письмового документа, окрім того випадку, коли у довірчу власність передається нерухоме майно.

Показовим прикладом цього може виступати справа *Paul v. Constance* (1977 р.)<sup>278</sup>, у якій чоловік відкрив банківський рахунок на своє ім'я. При цьому він неодноразово казав жінці, з якою був у близьких стосунках, що «ці гроші не лише мої, але й твої» і, що особливо важливо, вони розпоряджалися грошовими коштами, що знаходилися на вказаному рахунку, спільно. Суд апеляційної інстанції вказав, що хоча і складно встановити момент виникнення трасту, тим не менше довірча власність була створена чоловіком в інтересах його подруги.

Проте такі випадки можуть виникнути лише тоді, коли довірчі відносини не є ускладненими іноземним елементом, оскільки як Конвенція про трасти, так і закони різних країн, присвячені регулюванню міжнародних трастів, встановлюють, що вони поширюються виключно на трасти, засвідчені у письмовій формі. Крім того, міжнародне приватне право більшості країн стоїть на позиції, що правочини, пов'язані із правопорядком двох і більше держав, повинні вчинятися у письмовій формі для того, щоб «знизити ризики виникнення ситуації непорозумінь і спірних моментів між сторонами»<sup>279</sup>.

Що стосується укладення договору довірчого управління майном, то у багатьох державах, де діє даний інститут, у тому числі в Україні, Російській Федерації, Казахстані, Вірменії та ін., існує вимога, що такий договір повинен укладатися виключно у письмовій формі. Недотримання цієї вимоги є підставою для визнання його недійсним. В. В. Вітрянський роз'яснює, що договір довірчого управління майном може бути укладений не лише у формі єдиного документа, підписаного установником довірчого управління та довірчим управителем, а й шляхом обміну документами за допомогою поштового, телеграфного, телетайпного, електронного або іншого зв'язку, які дозволяють достеменно встановити, що відповідний документ виходить від сторони у договорі<sup>280</sup>. Однак, у разі передачі у довірче управління нерухомого майна, документ повинен бути складений у формі єдиного документа та зареєстрований у відповідних органах.

<sup>278</sup> Фунтикова Н. В. Вказана праця. – С. 68.

<sup>279</sup> Бендевский Т. Вказана праця. – С. 329.

<sup>280</sup> Витрянский В. В. Договор доверительного управления имуществом. – М.: Статут, 2001. – С. 93–94.

### 3.1. Колізійні норми, які застосовуються для визначення права, що підлягає...

Окремо слід сказати про форму заповіту, оскільки заповіт дуже часто визнається підставою створення трасту. Відповідно до *Гаазької Конвенції про колізії законів, що стосуються форми заповіту, 1961 року*<sup>281</sup> форма заповіту вважатиметься дійсною, якщо вона відповідає: 1) праву місця вчинення акту; 2) праву тієї країни, громадянином якої був заповідач на момент складення заповіту або смерті; 3) праву країни, в якій заповідач проживав на момент складення заповіту або смерті; 4) праву країни, у якій спадкодавець мав постійне місце проживання на момент складення заповіту або смерті; 5) стосовно нерухомості – праву країни, на території якої таке майно знаходиться. Звичайно, що не всі країни є учасниками даної Конвенції (у тому числі й Україна) і не всі вони визнають вказані вище колізійні прив'язки, однак більшість країн схиляється визнавати, що форма заповіту повинна відповідати закону місця його вчинення або закону, де заповідач був доміцильований на момент смерті або на момент складення заповіту.

Якщо говорити про довірчі правовідносини, то багатолітньою судовою практикою в країнах англо-американського права встановлені наступні правила: формальна юридична дійсність спадкового трасту щодо рухомого майна, створеного на підставі заповіту, залежить від юридичною дійсності заповіту, що встановлюється за законом місця проживання установника трасту або місця його смерті (*Bremer v. Freeman (1875 p.)* та (*Re Lurd Cable (1977 p.)*). Якщо ж говорити про нерухоме майно, то заповіт має відповідати формальним вимогам закону місця знаходження речі, тобто закону тієї країни, де воно знаходиться (*Corpin v. Corpin, 1725 p.*)<sup>282</sup>.

Отже, закон місця вчинення правочину визначає його форму. За загальним правилом, для виникнення довірчих правовідносин достатньо простої письмової форми договору або, відповідно, документа про створення трасту. Однак стосовно правочинів, предметом яких є нерухоме майно, законодавство різних країн може ставити додаткові вимоги щодо їх обов'язкової реєстрації, нотаріального посвідчення тощо. У разі існування таких імперативних норм документ про створення трасту повинен їм відповідати. В іншому випадку він може бути визнаний судом недійсним.

<sup>281</sup> Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions // [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.pdf&cid=40](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.pdf&cid=40).

<sup>282</sup> Ross D. Tunnicliffe. Offshore Trusts: Tax Rules & Trust Concepts. CCH Canadian Limited. 2003. – P. 42.

І нарешті згадаємо про таку колізійну прив'язку як закон місця виконання зобов'язання (*lex loci solutionis*). У довірчих правовідносинах зобов'язаною особою є виключно довірчий власник/управитель, який повинен вчиняти дії, передбачені документом про створення трасту або договором про довірче управління та законом, про що йшлося під час дослідження визначення належного права, що має найбільш тісний зв'язок із трастом,

## **3.2. ЗАСТОСУВАННЯ СУДОМ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА ПРИ ВИРІШЕННІ СПОРІВ, ЩО ВИНΙΚАЮТЬ З ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ**

### ***3.2.1. Способи правової кваліфікації довірчих конструкцій***

Розгляд даного питання хотілося б розпочати словами Л. А. Лунца, який свого час зазначив, що «юристи різних країн заговорили мовами різних юридичних понять; при однаковості економічних підстав ці відмінності стосуються деталей, але мають істотне значення при вирішенні конкретних справ»<sup>283</sup>. Це твердження якнайкраще описує проблему правової кваліфікації у міжнародному приватному праві, яка, на думку більшості дослідників, має передувати вирішенню колізійного питання.

Існують різні теорії та підходи до визначення як самого поняття, так і процедури правової кваліфікації, проте єдине, у чому дійшли згоди науковці та практики – це те, що вона є необхідною при розгляді справ з іноземним елементом, хоча її сутність занадто складна та різнопланова, щоб отримати досконале та одноманітне закріплення у законодавчих актах різних країн. Причиною цього є те, що право різних країн вкладає в однойменні юридичні поняття різний зміст, а також те, що у різних країнах існують інститути, абсолютно невідомі іншим країнам. Як зазначають науковці, у тому числі й іноземні, як приклад проблемності кваліфікації у колізійному праві зазвичай використову-

---

<sup>283</sup> Лунц Л. А. Вказана праця. – С. 250.

ють англійський траст<sup>284</sup>. Оскільки предметом нашого дослідження є довірчі правовідносини з іноземним елементом, які включають у себе і відносини трасту, вирішення питання їх правової кваліфікації має для нас особливо важливе значення.

Як наголошує Р. А. Майданик, «застосування до конкретного трасту права має визначатися з урахуванням юридичної кваліфікації трастових відносин, для яких повинно бути визначено застосовуване право. При цьому проблема кваліфікації може ставитися як самостійне питання, вирішення якого має виступати передумовою для вирішення колізійного питання (наприклад, про застосування чи незастосування іноземного поняття трасту)»<sup>285</sup>.

На думку М. Иссада, кваліфікація полягає «у розгляді юридичної природи правовідношення для того, щоб віднести його до тієї чи іншої існуючої категорії. Кваліфікація юридичного інституту зазвичай здійснюється в залежності від його особливостей у внутрішньому праві. Але якщо проблема кваліфікації не становить ніякого інтересу у внутрішньому праві у силу того, що там немає необхідності переходити за допомогою прив'язки до категорії для вирішення справи по суті, то в міжнародному приватному праві, навпроти, вона має дуже велике значення»<sup>286</sup>.

Як відомо, колізійна норма є своєрідною правовою нормою, яка містить певні юридичні поняття і терміни, вироблені національною правовою системою. Юридична кваліфікація є, по суті, тлумаченням вказаних понять у нерозривній єдності із фактичними обставинами справи з метою встановлення їх суті. Залежно від того, за правом якої країни відбуватиметься кваліфікація понять, що містяться у колізійній нормі, часто залежить результат розгляду всієї справи, оскільки може виникнути ситуація, коли юридичні поняття, за допомогою яких сформульовані об'єм та прив'язка колізійної норми, словесно повною мірою співпадають, проте мають різний зміст. Тому, як зазначає Г. К. Дмитрієва, основна «проблема кваліфікації зводиться до того, з точки зору права якої держави здійснювати тлумачення колізійних норм»<sup>287</sup>, а точніше – юридичних понять, із яких вони складаються.

<sup>284</sup> *O'Brien J., Smith R. Conflict of Laws. Routledge, Cavendish Publishing Limited, 1999. – P. 605.*

<sup>285</sup> *Майданик Р. А. Трастові відносини з іноземним елементом (юридична кваліфікація за українським правом) // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 7. – С. 4.*

<sup>286</sup> *Иссад М. Международное частное право / Под ред. М. М. Богуславского. – М.: Прогресс. – 1989. – С. 16–17.*

<sup>287</sup> *Международное частное право: отв. ред. Г. К. Дмитриева. 2-е изд. - М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – С. 155.*



Світова доктрина виробила кілька основних підходів до здійснення кваліфікації судом: 1) кваліфікація за *lex causae*, тобто за правом статуту правовідношення, що регулює матеріальні правовідносини (М. Вольф, Деспаньє); 2) кваліфікація за *lex fori*, тобто за правом країни суду (Ф. Кан, Е. Бартен); 3) кваліфікація шляхом створення системи автономних понять, закріплених у міжнародних угодах або виокремлених під час здійснення досліджень у сфері порівняльного правознавства (Е. Рабель, Л. А. Лунц). Останній підхід не знайшов широкої підтримки серед науковців, тому ми не зупинятимемося на його аналізі.

Відповідно до першого способу будь-яке поняття та відношення варто тлумачити згідно з правом, яке визначає статут правовідношення, що потребує кваліфікації (*lex causae*). Як зазначає М. Вольф, «досліджувати застосовуваність іноземного права без його кваліфікації – значить не розглядати таким, яким воно є»<sup>288</sup>. В ідеалі суд повинен кваліфікувати іноземну норму не з позицій внутрішнього права, а з позицій всієї іноземної правової системи в цілому. «Це завдання легко виконати», – продовжує далі М. Вольф, «у тих випадках, коли сучасні кодекси встановили закінчену систему або коли аналітична юриспруденція досягла такого ступеня розвитку, що вона полегшує кваліфікацію»<sup>289</sup>.

Утім, такий підхід піддається критиці у літературі. По-перше, на сьогодні, незважаючи на прийняття значної кількості міжнародно-правових актів, які певною мірою полегшили процес кваліфікації, залишається багато питань особливо у зв'язку із існуванням значних відмінностей між англо-американською та континентальною системами права. А по-друге, як з цього приводу обґрунтовано зазначає В. Л. Толстих, «ми не можемо кваліфікувати відношення з точки зору вітчизняного або іноземного неколізійного (матеріального) права до того, як не буде застосована колізійна норма, оскільки ще невідомо, до якого права відішле колізійна норма»<sup>290</sup>.

Але варто погодитися також із позицією Г. К. Дмитрієвої, яка, аналізуючи переваги та недоліки запропонованого вище підходу, вказала, що існують принаймні три ситуації, коли кваліфікація за *lex causae* є досить прийнятною<sup>291</sup>.

<sup>288</sup> Вольф М. Международное частное право / Под ред. Л. А. Лунца. М.: Гос. изд-во иностранной литературы. – 1948. – С. 174–175.

<sup>289</sup> Вольф М. Вказана праця. – С. 179.

<sup>290</sup> Толстых В. Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. – М.: Спарк, 2002. – С. 93.

<sup>291</sup> Международное частное право: отв. ред. Г. К. Дмитриева. Вказана праця. – С. 157.

По-перше, коли всі фактичні обставини спірного правовідношення пов'язані з правом однієї держави, проте спір з певних причин розглядається судом іншої держави. За таких обставин ніщо не перешкоджає суду, який розглядає справу, користуватися поняттями, прибутими іноземному праву, з яким правовідношення пов'язано.

Ілюстрацією такої ситуації може бути приклад, коли позивач на підставі Регламенту Брюссель I звертається за захистом свої порушених прав, що виникають з відносин трасту, не за місцезнаходженням майна, переданого у довірчу власність, а за місцезнаходженням відповідача. При цьому, зрозуміло, що поняття трасту та інші, пов'язані з ним поняття, будуть тлумачитися відповідно до права країни, у якій знаходиться вказаний траст, а не за правом країни суду.

По-друге, коли відоме право, якому підпорядковується відношення в цілому, а із всього комплексу відносин виокремлено питання, по відношенню до якого виникає необхідність вибору права, а відповідно, і необхідність у кваліфікації відповідних фактів.

По-третє, коли іноземне право містить юридичні поняття, які невідомі вітчизняному праву. Саме остання ситуація є найбільш вірогідною під час кваліфікації довірчих конструкцій, оскільки, як вже не раз наголошувалося, більшість з них, зокрема, і траст, не відомі або навіть не прийняті у ряді країн.

Розглянемо інший підхід до кваліфікації відносин з іноземним елементом, згідно з яким будь-яке відношення та поняття, що містяться у колізійній нормі, мають кваліфікуватися за правом країни суду (*lex fori*), тобто суд оцінює обставини справи та юридичні категорії, виходячи з положень власного національного законодавства.

Саме цей підхід знайшов найбільшу підтримку серед науковців та практиків. Він також закладений в основу Закону України «Про МПП», де у ч. 1 ст. 7 встановлено, що при визначенні права, яке підлягає застосуванню, суд чи інший орган керується тлумаченням норм і понять відповідно до права України, якщо інше не передбачено законом. Аналогічні положення містяться і в законах інших країн (ст. 1254 ЦК Казахстану, ст. 1187 ЦК Російської Федерації, ч. 1 ст. 12 ЦК Іспанії, ст. 15 ЦК Португалії, ст. 3 Закону Угорщини «Про МПП», ст. 3078 ЦК канадської провінції Квебек).

Основним аргументом вказаного підходу є те, що суд може оперувати лише власним правом, оскільки інше право (яке регулюватиме відносини, ускладнені іноземним елементом) до застосування колі-

зійної норми ще не було встановлено. Однак значним недоліком такого підходу є те, що кваліфікація судом відносин згідно з *lex fori* іноді є неможливою у зв'язку з відсутністю відповідного інституту у національному праві країни суду або якщо у те чи інше поняття право країни суду вкладає інший зміст. У таких випадках має місце явище, яке у доктрині міжнародного приватного права отримало назву «**конфлікту кваліфікацій**» (Е. Бартен) або «**прихованої колізії**» (Ф. Кан) і яке виникає перш за все<sup>292</sup>:

1) коли національне право кваліфікує який-небудь правовий інститут іншим чином, ніж іноземне право, до якого відсилає національна колізійна норма (наприклад, кваліфікація довірчого власника як власника переданого майна або як просто управителя);

2) коли який-небудь інститут іноземного права взагалі відсутній у національному праві або навпаки (довірча власність відсутня у значній частині країн континентального права, у тому числі в Іспанії, Німеччині, Російській Федерації, Білорусі, Казахстані та інших країнах колишнього СРСР тощо).

Конфлікт кваліфікації – це міжнародно-правова проблема, яка є наслідком неузгодженості принципів внутрішнього права різних держав<sup>293</sup>. Як слушно зауважив В. І. Кисіль, «причиною виникнення конфлікту кваліфікацій і тлумачення в міжнародному приватному праві є різне термінологічне і змістовне розуміння чи тлумачення правових понять у тій чи іншій правовій системі, що є результатом економічних, соціально-політичних, історичних факторів розвитку кожної правової системи»<sup>294</sup>. Хоча, як наголошує В. П. Звеков, відсутність у національному праві відповідних понять ще не означає неможливість у всіх випадках тлумачити їх відповідно до національного права. «Не виключено, – зазначає він, – що «правовий вакуум» може бути заповнений за допомогою таких відомих цивільному законодавству інститутів, як аналогія закону та аналогія права»<sup>295</sup>. Можна також погодитися з ним, що коли юридичні поняття національного та іноземного права відрізняються лише словесно, термінологічною «оболонкою», відсутні перешкоди для їх тлумачення згідно з національним правом.

<sup>292</sup> Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. – М.: Междунар. отношения, 2003. – С. 27–28.

<sup>293</sup> Корецкий В. М. Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права. – М.: Юр. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. – С. 145.

<sup>294</sup> Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. – К.: Україна, 2005. – С. 175.

<sup>295</sup> Звеков В. П. Вказана праця. – С. 187.

Підтвердженням останньої тези може виступати випадок, коли майно, передане у траст, не переходить у власність довірчого управителя. Як відомо, на даний момент у різних країнах вироблені різноманітні довірчі конструкції, деякі з них хоча і мають назву трасту, проте можуть практично повністю відтворювати існуючий у праві України інститут [довірчого] управління майном. За таких обставин вважаємо, що кваліфікація такого іноземного інституту може відбуватися і за українським правом.

Іншим прикладом може слугувати випадок, коли агентський договір, який у ряді країн визнається різновидом фідучіарного правочину, кваліфікується національним судом як договір комісії, або договір доручення, або договір про посередництво. Така кваліфікація можлива, зважаючи на ряд істотних спільних рис, що існують між вказаними правовими конструкціями.

Проте варто наголосили, що коли суд кваліфікує іноземний інститут, відсутній у національному праві країни суду (наприклад, певна довірча конструкція), через інший інститут, відомий праву останньої (договір довірчого управління, договір комісії або доручення), суд зобов'язаний вказати конкретні норми права як іноземного, так і національного, на підставі яких він дійшов висновку про тотожність або схожість таких правових конструкцій. Іншими словами, суд у судовому рішенні повинен обґрунтувати наявність підстав для кваліфікації іноземного юридичного поняття через поняття, що існує у національному праві. Відсутність такого обґрунтування є порушенням вимог процесуального права щодо обґрунтованості рішення, що може бути підставою для його скасування.

Так, постановою Федерального арбітражного суду Московського округу від 25.09.2001 р. у справі № КГ-А40/5241-01<sup>296</sup> були скасовані рішення попередніх інстанцій з тих підстав, що суди не виконали вимог російського процесуального законодавства і не вказали, у відповідності до яких норм права Великобританії або її судових прецедентів було зроблено висновок про те, що спірний договір є агентським, а не договором комісії, як наполягав відповідач, та з яких норм англійського права суд дійшов висновків, викладених у мотивувальній частині оскаржуваних рішень. У скасованих судових рішеннях були відсутні посилання на норми матеріального права, якими керувалися суди при прийнятті судових рішень, що прямо є безумовною підставою для їх скасування та направлення справи на новий розгляд на підставі ч. 3 п. 4 ст. 176 АПК Російської Федерації.

<sup>296</sup> Тимохов Ю. А. Иностранное право в судебной практике. – М.: Волтерс Клуверт, 2004. – С. 52.

Отже, можна дійти висновку, що за певних обставин, а саме – у разі існування близьких «по духу», проте відмінних за назвою або особливостями правових конструкцій в національному та іноземному праві, кваліфікація останніх можлива і за правом країни суду.

Інша справа, коли інститут, який кваліфікується, дійсно відсутній у праві України – наприклад, класичний англо-американський траст, який передбачає наявність «розщепленого» права власності на одне й те саме майно та є несумісним із континентальною системою права. У такому випадку, на нашу думку, кваліфікація трасту через договір довірчого управління майном є неприпустимою, оскільки різниця між вказаними конструкціями є сутнісною та торкається основ всієї правової системи країни.

Для вирішення такого роду проблеми ч. 2 ст. 7 Закону України «Про МПП» передбачено, що якщо норми і поняття, що потребують правової кваліфікації, не відомі праву України або відомі під іншою назвою або з іншим змістом і не можуть бути визначені шляхом тлумачення за правом України, то при їх правовій кваліфікації також враховується право іноземної держави. Наприклад, як зазначає Ю.А. Тімохов, необхідність звернення при кваліфікації юридичних понять до норм відповідного іноземного права виникає в тих ситуаціях, коли потрібно вияснити зміст таких понять, як траст, прокура, суперфіцій тощо<sup>297</sup>.

Аналогічне правило, встановлене на противагу загальному правилу кваліфікації за правом країни суду, сприйнято цілим рядом країн, у тому числі і Російською Федерацією, Угорщиною, канадською провінцією Квебек. Остання, наприклад, припускає у випадках невідомості з іноземними правовими інститутами брати до уваги іноземний закон. Як зазначають коментатори даної норми, вона стала результатом врахування негативного досвіду французьких судів у сфері кваліфікації, особливо стосовно маловідомого континентальному праву інституту довірчої власності<sup>298</sup>.

Проте варто звернути на особливість формулювання вказаного «спеціального» правила у Законі України «Про МПП». Необхідно зауважити, що законодавцем було застосовано термін «*враховувати*» (право іншої країни), а не «*керуватися*» або «*застосовувати*» його. Виходячи з такого формулювання, можна дійти висновку, що навіть при кваліфікації відносин норм і понять, які невідомі праву України,

<sup>297</sup> Тімохов Ю. А. Вказана праця. – С. 43.

<sup>298</sup> Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. – К.: Україна, 2005. – С. 181.

суд повинен керуватися саме останнім, а не правом іншої країни, яке може лише «враховуватися».

Спробуємо тепер проаналізувати положення ст. 7 Закону України «Про МПП» з урахуванням особливостей довірчих правовідносин, ускладнених іноземним елементом. Відомо, що у поняття фідучіарних правовідносин у різних країнах вкладають абсолютно різний зміст, починаючи від відносин між адвокатом та клієнтом і закінчуючи довірчим управлінням та власне трастом. Уявімо собі ситуацію, коли український суддя, розглядаючи відносини, наприклад, щодо передачі майна у траст, має кваліфікувати їх згідно з українським правом. Оскільки у національному праві відсутній інститут трасту, а також будь-який інший інститут, який передбачає наявність «розщепленого» права власності, суддя об'єктивно не матиме можливості кваліфікувати його за правом України, хоча, виходячи із буквального тлумачення ч. 2 ст. 7 Закону України «Про МПП», повинен. За таких обставин суддя при кваліфікації певного поняття або норми повинен мати можливість не «враховувати» іноземне право, а його *застосовувати*.

Саме таким правом наділені судді, наприклад, у Російській Федерації, Білорусі, Казахстані. Якщо проаналізувати відповідну норму, яка міститься у їхніх цивільних кодексах, ми побачимо, що у цих країнах при кваліфікації юридичних понять, не відомих праву країни суду або відомих під іншою назвою або з іншим змістом і які не можуть бути визначені шляхом тлумачення за правом країни суду, також *може застосовуватися* право іноземної держави.

Тому, на нашу думку, доцільно внести зміни до ч. 2 ст. 7 Закону України «Про МПП» та викласти її наступним чином: «якщо норми і поняття, що потребують правової кваліфікації, не відомі праву України або відомі під іншою назвою або з іншим змістом і не можуть бути визначені шляхом тлумачення за правом України, то при їх правовій кваліфікації *може застосовуватися* право іноземної держави».

Таке диспозитивне формулювання надасть можливість судді (а не зобов'яже його) при кваліфікації, наприклад, міжнародного трасту, після встановлення, що даний інститут не відомий праву України, кваліфікувати його за правом іншої держави. Такий підхід дозволить більш повно та об'єктивно дослідити обставини справи, а відтак – і досягти мети правосуддя щодо захисту постраждалої сторони та встановлення справедливості.

Зважаючи на те, що кожна держава вкладає у поняття довірчих правовідносин щось своє, під час здійснення правової кваліфікації не завжди можливо віднайти аналог довірчої конструкції, що існує в одній країні, у праві іншої. Наприклад, М. Іссад зазначає, що алжирський суд, якому не відомий інститут трасту, обов'язково кваліфікуватиме його для встановлення права, що підлягає застосуванню. Якщо в англо-американській системі права інститут довірчої власності дозволяє створити такі правові конструкції як торгове товариство та заповідальний відказ, то в алжирському праві торгове товариство та заповідальний відказ є різними категоріями, що підпадають під дію різних законів<sup>299</sup>.

Зрозуміло, що якщо суд або інший компетентний орган стикається з правовідносинами, які не лише не характерні, але і не відомі його системі права, то вони мають керуватися тлумаченнями та практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі. Але саме у цьому і полягає вся складність проблеми. Наприклад, відомо, що протягом багатьох років у країнах загального права траст виконував ту роль, яку в Європі традиційно виконували юридичні особи, тому зрозуміло, що суди останніх кваліфікують відповідний траст не як конструкцію, пов'язану із переходом права власності, а як «дешо», що відповідає основним ознакам юридичної особи у відповідній країні. Б. Убертацці наводить приклад, що якщо на території Іспанії траст буде прирівняний до іноземної компанії, його все одно доведеться зареєструвати як юридичну особу, що на практиці пов'язано зі значними труднощами<sup>300</sup>. Тобто у разі виникнення спору іспанський суд кваліфікуватиме траст не як правовідносини з управління переданим майном, а як юридичну особу *sui generis*, на яку має поширюватися законодавство Іспанії про компанії.

Розглянемо іншу ситуацію: коли у траст передається майно для управління ним з інтересах вигодонабувача або для досягнення певної цілі. У такому випадку, як зазначає Р. А. Майданик, «трастові відносини з іноземним елементом, що виникли за правом країн англосаксонської правової системи, будь-який правопорядок цивільного права буде визначати або довірчою власністю (тобто цільовою власністю з обтяженням діяти у чужому інтересі) або управлінням чужим

<sup>299</sup> Іссад М. Вказана праця. – С. 17.

<sup>300</sup> Ubertaini B. The Trust in Spanish and Italian Private International Law Part II. Trusts & Trustees Advance Access published online on February 16, 2007. – P. 11.



майном, або прямим/непрямим представництвом (доручення, комісія, агентство)»<sup>301</sup>. Але таке розуміння англійського трасту при врегулюванні конкретних довірчих правовідносин з іноземним елементом буде не завжди правильним, оскільки інститути, які існують у кожній окремій країні, є неповторними та мають особливі риси, тому, як правило, дуже складно знайти аналог в законодавстві іншої країни, щоб передати специфіку відносин, що кваліфікуються. До того ж, за словами Л. А. Лунца, «поняття, якими оперує закон або судові рішення однієї держави, знаходять переважно лише близькі, але не повною мірою адекватні поняття у правовій системі іншої країни»<sup>302</sup>.

Цікавий вихід із даної ситуації було запропоновано окремими країнами континентального права, у яких на трастові відносини поширюються положення про управління чужим майном. Однак Є. О. Суханов категорично заявляє, що «інститут довірчого управління майном, передбачений ЦК, не має нічого спільного з інститутом «довірчої власності» («трасту»), який намагалися запровадити у вітчизняне цивільне законодавство під впливом чужих для нього англо-американських підходів»<sup>303</sup>. Із думкою вченого варто погодитися лише з однією умовою – а саме, коли йдеться про класичний англо-американський траст, а не про довірчі конструкції, які хоча і носять назву трасту, проте не передбачають існування двох власників на одне майно. В останньому випадку кваліфікація трастоподібної конструкції з урахуванням усіх обставин справи через договір довірчого управління майном може бути цілком виправданою.

Звернімося до практики окремих країн, які протягом тривалого часу стикаються з проблемою кваліфікації довірчих конструкцій, зокрема, трасту. Варто вказати, що результати такої кваліфікації не завжди є втішними, проте практика показує, що суди, як правило, намагаються при здійсненні кваліфікації не лише віднайти схожий інститут, але і враховувати цілі, які переслідував установник трасту або сторони договору довірчого управління майном.

Прикладом цього можуть бути рішення французьких судів початку ХХ ст. За словами А. С. Генкіна, у Франції «на етапі між 1880 та 1929 роками судді не визнавали оригінальність трасту та намага-

<sup>301</sup> Майданик Р. А. Трастові відносини з іноземним елементом (юридична кваліфікація за українським правом) // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 7. – С. 3.

<sup>302</sup> Лунц Л. А. Вказана праця. – С. 249.

<sup>303</sup> Суханов Е. А. Общие положения о праве собственности и других вещных правах // Хозяйство и право. – 1995, № 6. – С. 32.

лися буквально «перекладати» цей англіцизм<sup>304</sup>. Паризький суд у 1883 р. анулював дію англійського міжнародного трасту та визнав його функції аналогом функціям повіреного. У 1897 р. суд Сієни також визнав недійсною конструкцію трасту та вказав, що функції довірчого власника еквівалентні функціям виконавця заповіту. Проте вже у 1905–1952 роках французькі суди починають поступово визнавати своєрідність довірчої власності. У 1905 році Тулузький суд визнає, що довірчий управитель може бути справжнім власником, діючи при цьому в інтересах майбутніх бенефіціаріїв. Пізніше суд Приморських Альп визнав, що повноваження управителя ширші, аніж у виконавця заповіту, і включає право відчужувати нерухоме майно<sup>305</sup>.

Отже, основною складністю кваліфікації довірчих конструкцій є те, що у кожному конкретному випадку суд країни континентальної системи права стикається з проблемою визначення: хто є власником майна – довірчий власник, вигодонабувач чи довіритель? Наступне питання випливає з попереднього – якщо довірчий власник не є власником переданого майна, то ким він є, тобто в особі кого він виконує свої повноваження на користь вигодонабувача? Залежно від законодавства тієї чи іншої країни, найближчим за повноваженнями довірчий власник може бути або до власника, або управителя чужим майном, або агента, або повіреного, або виконавця заповіту тощо.

На нашу думку, при вирішенні цих питань логічно було б брати до уваги спрямованість намірів установника трасту, тобто враховувати, чи хотів він передати право власності на майно довірчому власнику/управителю для того, щоб останній вчиняв юридичні та фактичні дії з цим майном на користь бенефіціарія, чи ні. Не сперечатимемося, що на практиці це виявляється іноді дуже складно. Вважаємо також, що при здійсненні правової кваліфікації довірчих конструкцій, у тому числі трасту, необхідно обов'язково враховувати цілі, заради досягнення яких установник передавав майно у довірчу власність/управління іншій особі.

Для обґрунтування останньої тези розглянемо окремі довірчі конструкції:

1) *Траст як правовідносини, що виникають внаслідок передачі права власності на майно довірчому власнику для досягнення певної мети або для управління цим майном в інтересах визначених осіб.*

Такий траст має бути кваліфікований згідно з *lex causae*, оскільки у праві України в принципі відсутній його аналог. На нашу дум-

<sup>304</sup> Генкин А. С. Эффективный траст: опыт Западной Европы и российская практика. – М.: Издательский Дом «АЛЬПИНА», 1999. – С. 91.

<sup>305</sup> Генкин А. С. Вказана праця. – С. 91–92.

ку, якщо у спорі фігуруватимуть довірчий власник та бенефіціарій, український суддя повинен буде визнавати їх власниками майна, наділеними щодо нього певними правами та обов'язками. Підкреслимо, що саме власниками, а не уповноваженими особами або особами, які мають певний інтерес у майні. Цим траст принципово відрізняється від довірчої власності, що існує у праві України та яка передбачає, що єдиним власником переданого майна є довірчий власник. Дана обставина унеможливорює кваліфікацію класичного англо-американського трасту через український інститут довірчої власності.

*2) Траст (або інша довірча конструкція) як правовідносини, що виникають при передачі майна в управління іншій особі без переходу права власності від установника до довірчого власника/управителя.*

Ми вважаємо, що така конструкція може бути кваліфікована як довірче управління майном, що здійснюється на підставі відповідного договору. За таких обставин первинна кваліфікація відбуватиметься за правом країни суду, яке, у свою чергу, відсилатиме переважно до права країни, де сторона повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, тобто до місцезнаходження довірчого власника/управителя (п. 15 ч. 1 ст. 44 Закону «Про МПП»).

Окремо варто згадати той випадок, коли установник передає у довірчу власність або в управління майно для управління ним в інтересах визначених осіб після смерті довірителя. При кваліфікації такої конструкції варто, перш за все, враховувати спрямованість намірів установника трасту – чи бажав він наділити довірчого власника/управителя повноваженнями лише щодо вчинення окремих юридично значимих дій, спрямованих на передачу майна спадкоємцям, чи власник майна дійсно передав останньому право власності, обтяжене обов'язком діяти у чужому інтересі.

У першому випадку довірчий власник/управитель може кваліфікуватися українським судом як виконавець заповіту, який наділений тим чи іншим обсягом повноважень. Отже, якщо кваліфікувати дану конструкцію згідно з правом країни суду, то вона відноситиметься до спадкового права. Тому застосовуватимуться колізійні норми, які регулюють спадкові відносини та відсилають до права держави, в якій спадкодавець мав останнє місце проживання (ст. 70 Закону України «Про МПП»). До речі, даний вид трасту дійсно часто кваліфікується судами країн, що не визнають концепції довірчої власності.

ті, як інститут виконання заповіту (голландський *Bewind*, німецький *Ermaechtigungs-Vollmachtstreuhand*).

Проте, коли з документа про створення трасту явно вбачається намір установника трасту передати майно у довірчу власність іншій особі, таку передачу не можна кваліфікувати згідно з правом країни континентального права, у тому числі й України, бо останнє не знає та не визнає вказаної конструкції.

Наприклад, у справі *Фідес (1974 р.)*<sup>306</sup> суд Швейцарії постановив, що до трасту не відносяться дії щодо виконання заповітів, оскільки в адміністратора заповіту відсутні реальні права на спадкове майно (а це є головним критерієм), а є лише прості права розпорядження.

3) *Траст як аналог юридичної особи, створений для досягнення певних цілей (цільовий, у тому числі благодійний).*

Скоріше за все, суд кваліфікуватиме такий траст як своєрідну юридичну особу, наділену певними правами та обов'язками, передбаченими його статутом або договором про заснування, у тому числі правом укладати правочини, а також виступати позивачем та відповідачем у суді. Ряд країн взагалі не вимагають державної реєстрації новоствореного трасту, а лише передбачають сплату встановленої законом суми та запис до відповідного реєстру. Законодавство України не передбачає конструкції, аналогічної такому трасту, проте, зважаючи на його функції, сферу діяльності тощо, український суддя може визнавати та кваліфікувати його як юридичну особу *sui generis*.

Вище ми розглянули лише кілька основних видів довірчих конструкцій, перелік яких є далеко не повним. Але навіть проаналізовані нами випадки дають можливість дійти висновку, що процес кваліфікації довірчих конструкцій є складним та неоднозначним. Кваліфікація трасту або трастоподібних інститутів залежить, перш за все, від намірів довірителя та може відбуватися або згідно з ч. 1 ст. 7 Закону України «Про МПП» за правом країни суду (наприклад, коли майно передається в управління), або згідно з ч. 2 ст. 7 вказаного закону за правом статуту довірчого правовідношення. Останнє має місце саме тоді, коли предметом судового розгляду є траст у його класичному вигляді, тобто існує «розщеплена» власність двох або більше осіб на одне й те саме майно. У такому випадку кваліфікація трасту за правом України, на нашу думку, є неможливою, оскільки така конструкція не лише не визнається, а й не допускається правовою системою України.

<sup>306</sup> Генкин А. С. Вказана праця. – С. 27.

Виняток із вказаних вище правил згідно з ч. 1 ст. 7 Закону України «Про МПП» може бути встановлено законом. На нашу думку, такі винятки можуть також міститися і у міжнародних договорах, згода на обов'язковість яких була надана Верховною Радою України, оскільки останні є частиною національного законодавства України. Яскравим прикладом цього може виступати ч. 2 ст. 38 Закону України «Про МПП», відповідно до якої належність майна до нерухомих або рухомих речей, а також інша класифікація майна визначаються правом держави, в якій це майно знаходиться. Остання норма має особливо важливе значення для нашого дослідження, оскільки об'єктом довірчих правовідносин є майно, що передається у власність або в управління іншій особі, тому особливості довірчих правовідносин, у тому числі підстави їх виникнення (наприклад, необхідність дотримання певних процедур), права та обов'язки їх учасників тощо залежать від категорії переданого майна.

Ми проаналізували підходи до кваліфікації окремих понять, що містяться в об'ємі колізійних норм, які визначають право, що підлягає застосуванню до довірчих правовідносин з іноземним елементом. Логічно, що такі колізійні норми містять також і відповідні прив'язки, сформульовані за допомогою певних юридичних термінів та понять. Наприклад, ст. 7 Конвенції про трасти передбачає, що у випадку, якщо не було обрано право, що застосовується, управління трастом здійснюється відповідно до права, з яким траст найбільш тісно пов'язаний. Для встановлення права, з яким траст має найбільш тісний зв'язок, враховується: місце управління трастом, визначене довірцем; місцезнаходження майна, переданого у траст; місцезнаходження довірчого власника або місце здійснення ним комерційної діяльності; цілі трасту та місце, де вони мають бути досягнуті та ін., про що йшлося у попередньому пункті даної роботи.

При вирішенні конкретного спору суддя також повинен кваліфікувати і вказані вище юридичні поняття, які містяться у прив'язці колізійної норми. Кваліфікація вказаних понять має також відбуватися на підставі ст. 7 Закону України «Про МПП» відповідно до права України, якщо інше не встановлено законом.

Візьмемо для прикладу таку колізійну прив'язку як «місцезнаходження довірчого власника». Якщо довірчий власник є фізичною особою, то його місцезнаходження має визначатися на підставі його особистого закону, який встановлюється згідно з ст. 16 Закону України «Про МПП». Якщо ж довірчий власник є юридичною особою, його місцезнаходження визначається відповідно до положень ст. 25 За-

кону України «Про МПП». Таким саме чином мають кваліфікуватися й інші юридичні поняття, що містяться у колізійних прив'язках. У разі ж відсутності у праві України певного поняття або його аналога застосуванню підлягатиме ч. 2 ст. 7 Закону України «Про МПП», яка дозволяє враховувати право іноземної країни.

Після завершення кваліфікації всіх юридичних понять, що містяться як в об'ємі, так і в прив'язці колізійної норми, остання дозволяє визначити компетентне право. А вже після обрання компетентного права будь-яка кваліфікація, тлумачення юридичних термінів та фактичних обставин справи, застосування правових норм відбуватиметься відповідно до обраного права.

### **3.2.2. Встановлення змісту іноземного права, що підлягає застосуванню до довірчих відносин, ускладнених іноземним елементом**

Первинна кваліфікація завершується вибором права, що має застосовуватися до спірних правовідносин. Зрозуміло, якщо належним правом визнається право України, то діє презумпція, що український суддя знає вітчизняне право та практику його застосування (*Jura noscitur curia*). Проте, коли судом обрано іноземне право для регулювання спірних відносин, перед судом постає питання щодо встановлення його змісту. З цього приводу Т.М. Яблочков пояснює, що «якщо законодавець може вимагати від судді знання вітчизняних законів..., то він не може вимагати від суду знання всіх законів всіх країн світу, а тому його справа – полегшити своїм судам пізнання іноземного права. Те, що суду не дозволено стосовно туземного права, повинно бути подаровано йому стосовно іноземного права: право використовувати крім свого логічного мислення й інші джерела пізнання законів»<sup>307</sup>. Однак, продовжує далі науковець, «питання про засоби пізнання туземними судами смислу іноземного права є одне з найбільш наболілих і в той же час неврегульованих питань міжнародного приватного права»<sup>308</sup>.

Встановлення змісту іноземного права, як зазначає В.П. Звеков, «має на меті не виявлення фактичних обставин, що мають значення для розгляду справи, а визначення нормативно-правової основи для рішення»<sup>309</sup>. При цьому, варто розрізняти поняття «встановлювання»

<sup>307</sup> Яблочков Т. М. Труды по международному частному праву. – М.: Статут, 2009. – С. 66.

<sup>308</sup> Яблочков Т. М. Вказана праця. – С. 67–68.

<sup>309</sup> Звеков В. П. Вказана праця. – С. 220.

та «встановлення» змісту іноземного права. Так, поняття «*встановлювання*» є ширшим та означає «визначення в цілому меж існування іноземного статуту, знаходження і ознайомлення з текстом та встановлювання і встановлення в чужому правопорядкові змісту норм, що мали б застосовуватися у цивілістичних відносинах з іноземним елементом»<sup>310</sup>, тоді як «*встановлення*» змісту іноземної правової норми є, по суті, тлумаченням іноземного права<sup>311</sup>.

В Україні, як і в переважній більшості країн континентального права, суд або інший компетентний орган розуміє право іншої держави саме як право, тобто сукупність його правових норм, а не як юридичний факт або фактичну обставину справи, яка підлягає доказуванню, що має місце у країнах загального права.

Такий висновок можна зробити, виходячи з положень ч. 1 ст. 8 Закону України «Про МПП», відповідно до якої при застосуванні права іноземної держави суд чи інший орган встановлює зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі. При чому, як наголошують дослідники, «встановлення змісту права іноземної держави має відбуватися в порядку послідовності, визначеної структурою та технікою побудови норми ч. 1 ст. 8 Закону України «Про МПП»<sup>312</sup>.

Однак встановлення змісту іноземного права є досить проблематичним, оскільки, як зазначає *Вищий господарський суд України у Листі «Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів» від 01.01.2009 р.*<sup>313</sup>, для сторін встановлення змісту норм іноземного законодавства як процесуальна форма сприяння суду – лише право, а не обов'язок, а проблемним є навіть отримання офіційного (автентичного) перекладу самого тексту потрібних законодавчих актів.

У контексті даного дослідження нас цікавлять можливі дії суду або іншого компетентного органу щодо встановлення змісту іноземного права, яке регулює спірні довірчі відносини.

<sup>310</sup> *Трутьєв В.В.* Встановлювання іноземного права в міжнародному приватному праві: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. – К.: КНУ ім. Т. Шевченка, 1996. – С. 13–14.

<sup>311</sup> *Трутьєв В.В.* Вказана праця. – С. 15.

<sup>312</sup> *Васильченко В.В.* Науково-практичний коментар Закону України «Про міжнародне приватне право». – К.: Істина, 2007. – С. 27.

<sup>313</sup> Лист Вищого господарського суду України «Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів» від 01.01.2009 р. // Вісник господарського судочинства. – 2009. - № 2.



Відповідно до ч. 2 ст. 8 Закону України «Про МПП» для встановлення змісту норми іноземного закону суд або інший компетентний орган може звернутися в установленому законом порядку до Міністерства юстиції України чи інших компетентних органів або закладів в Україні чи за кордоном або залучити експертів. Таким чином, при розгляді справ, пов'язаних із довірчими відносинами, ускладненими іноземним елементом, компетентні органи будуть змушені звертатися із відповідними запитами для встановлення змісту норм права іноземних держав, оскільки переважна більшість довірчих конструкцій невідомі українській правовій системі.

Порядок отримання такого роду інформації частково визначено **Європейською конвенцією про інформацію стосовно іноземного законодавства та Додатковим протоколом до неї від 07.06.1968 р.** (далі – Європейська Конвенція), ратифікованою Україною Постановою Верховної Ради України від 14.07.1993 р.<sup>314</sup> (в Україні набула чинності – з 14.09.1994 р.). На даний момент Європейська Конвенція застосовується майже 40 державами світу.

Європейська Конвенція дозволяє отримувати інформацію з питань цивільного та торгового законодавства та процесуального права у цій сфері, а також з питань судоустрою іноземних держав. Відповідно до Додаткового протоколу його учасники надають один одному інформацію щодо свого матеріального і процесуального права та організації кримінального судочинства.

З метою отримання інформації про цивільне або господарське законодавство судовим органом після фактичного порушення провадження у справі надсилається запит, оформлений у відповідності із вимогами Європейської Конвенції та направлений до компетентного органу своєї держави, який, у свою чергу, переправляє його до компетентного органу іноземної держави. Постановою Верховної Ради України про приєднання до вказаної Конвенції не було встановлено орган, відповідальний за відправлення та отримання запитів, але можна припустити, що таким органом є Міністерство юстиції України. Правда, у зв'язку із відсутністю нормативного закріплення за ним повноважень виконання даної функції отримання та відсилення запитів можлива ситуація відмови Міністерства юстиції від виконання цього

---

<sup>314</sup> Постанова Верховної Ради України «Про участь України в Європейській конвенції про інформацію щодо іноземного законодавства 1968 р.» від 14.07.1993 № 3385–12 // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1993, № 36. – Ст. 371.

обов'язку з формальних підстав. У такому випадку єдине, що залишається – це посилатися на ч. 2 ст. 8 Закону України «Про МПП» та п. 4. Положення про Міністерство юстиції України, затверджене Указом Президента України від 30.12.1997 р. № 1396/97<sup>315</sup>.

Аналогічна проблема існує і Росії, де також саме Міністерство юстиції вважається джерелом отримання інформації про іноземне право та є тим органом, до якого у першу чергу звертаються з метою встановлення його змісту (принаймні, на це вказують як науковці, так і практики). Але судова практика показує, що Міністерство юстиції Російської Федерації часто залишає поза увагою неодноразові звернення, оскільки «чинне законодавство сформульовано таким чином, що звернення суду з метою отримання відомостей про іноземне право до Міністерства юстиції Російської Федерації або в інші компетентні органи або заклади Росії і за кордоном є його правом, якому не кореспондує обов'язок вказаних закладів надати такі відомості»<sup>316</sup>.

Ідеться про справу № 60–173<sup>317</sup>, що розглядалася Арбітражним судом м. Москви, з приводу спору між іноземною фірмою, заснованою на території Співдружності Багамських островів, та російським комерційним підприємством. Суд дійшов висновку, що справа має розглядатися за законодавством Співдружності Багамських островів, у зв'язку із чим він направив до Міністерства юстиції Російської Федерації запит із проханням надати відомості щодо права вказаної країни та практики його застосування. Даний запит залишився без відповіді. Суд направив повторний запит, на який Міністерство юстиції Російської Федерації відповіло наступним чином: «... у зв'язку із Вашим запитом повідомляємо, що Міністерство юстиції Російської Федерації не володіє текстами законодавчих актів Багамських островів». Зрештою, рішення було прийнято судом на підставі норм російського законодавства.

З приводу направлення запитів несудовими органами (третейськими судами, нотаріусами, органами опіки та піклування), то Європейська Конвенція надає право двом або більше Договірним Сторонам поширити між ними дію цієї Конвенції також і на запити несудових органів. За відсутності таких двосторонніх домовленостей відповідні запити можуть надаватися виключно судами.

<sup>315</sup> Указ Президента України «Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України» від 30.12.1997 р. № 1396/97 // Офіційний вісник України від 29.01.1998–1998 р., № 2, С. 14, код акту 4591/1998.

<sup>316</sup> Тимохов Ю. А. Вказана праця. – С. 89–90.

<sup>317</sup> Тимохов Ю. А. Вказана праця. – С. 89–90.

Очевидно, що у випадку розгляду справи з іноземним елементом та за необхідності встановлення змісту норми іноземного закону інший (окрім суду) орган повинен звернутися до суду із проханням про направлення запиту для отримання необхідної інформації. При цьому, мабуть, до прохання доцільно додавати проект запиту, складеного у відповідності із вимогами Конвенції. Але з іншого боку, як слушно зауважують дослідники, у законодавстві України відсутні положення, що покладають на суди обов'язок оформлення таких запитів на підставі звернення компетентних органів<sup>318</sup>. Тому єдиною підставою здійснення судом вказаних повноважень є сама Європейська Конвенція, а не відповідні положення процесуального законодавства.

Статтею 4 Європейської Конвенції передбачено, що запит про надання інформації містить назву судового органу, від якого він походить, а також виклад суті справи. В ньому якнайточніше зазначаються питання, з яких бажано отримати інформацію щодо законодавства запитуваної держави, і, якщо у запитуваній державі існує більше однієї правової системи, зазначається правова система, про яку запитується інформація. Запит містить також виклад фактів, необхідних для його належного розуміння і для складання точної та недвозначної відповіді.

У випадку розгляду судом спору, що виникає з довірчих правовідносин, суд має поставити отримуючому закладу запитуваної держави, зокрема, такі питання:

- що розуміє законодавство іноземної держави під поняттям трасту (або іншої трастоподібної конструкції, яка становить предмет дослідження суду)?

- хто є суб'єктами довірчих відносин, які досліджуються судом, згідно з законодавством іноземної держави? Які права та обов'язки кожного із вказаних суб'єктів?

- яке майно може, а яке не може бути об'єктом довірчих відносин, які досліджуються судом, згідно з законодавством іноземної держави? До якої категорії (нерухоме або рухоме) відноситься майно, що є об'єктом довірчих відносин, згідно з законодавством іноземної країни?

- який порядок вступу у довірчі відносини (наприклад, порядок заснування трасту, його реєстрації, порядок укладення договору до-

---

<sup>318</sup> Руда Л. Правоотношения с иностранным элементом. Право, применяемое к внешнеэкономическим договорам. Новеллы Закона «О международном частном праве» // Юридическая практика № 22 (440), 30 мая 2006. – С. 14–15.

вірчого управління тощо), а також які правові наслідки такого вступу для кожного із суб'єктів довірчих відносин?

— чи переходить право власності на передане майно, чи ні?

Безумовно, що це лише основні питання, які можуть бути рекомендовані суду при складанні відповідного запиту. Зрозуміло, що залежно від фактичних обставин кожної конкретної справи даний перелік буде значно повнішим та більш деталізованим. Метою відповіді на вказані питання є надання судовому органу, від якого походить запит, об'єктивної та неупередженої інформації про законодавство запитуваної держави, оскільки «визнання можливості застосування на території однієї суверенної держави норм іншої суверенної держави буде до кінця послідовним лише у тому випадку, якщо при застосуванні іноземного права суду чи іншому компетентному органу зміст цього права буде відомий в обсязі, достатньому для вирішення конкретної справи»<sup>319</sup>.

У разі необхідності відповідь повинна містити відповідні юридичні документи та судові рішення. В обсязі, який вважається необхідним для належного інформування запитуючого органу, відповідь супроводжується будь-якою додатковою документацією, такою як витяги з теоретичних творів. Вона може також супроводжуватися поясненнями.

Отже, відповіді на вказані питання повинні будуть містити достатньо інформації про досліджувану судом довірчу конструкцію, а також про права та обов'язки учасників довірчих відносин, що, на нашу думку, може забезпечити достатньо високий рівень вирішення справи.

Окремо хотілося б зосередити увагу на питанні щодо переходу права власності на майно. На нашу думку, саме воно має особливе значення для вітчизняного суду при вирішенні спору, що виникає з довірчих відносин. У разі отримання позитивної відповіді, тобто якщо досліджувана судом довірча конструкція (наприклад, класичний англо-американський траст) передбачає перехід права власності на передане майно та появу «розщепленого» права власності, перед українським судом постане питання щодо сумісності відповідних норм іноземної держави основному правопорядку України. У такому випадку суддя повинен буде співвідносити положення іноземного закону щодо наявності кількох власників на одне й те саме майно та положення однієї з основних концепцій цивільного права України щодо неподільності права власності. За таких обставин вирішення конкретного спору

<sup>319</sup> Васильченко В. В. Вказана праця. – С. 25.

ускладниться через необхідність вирішення питання щодо відповідності положень іноземного закону публічному порядку України.

В іншому випадку – коли досліджувана судом довірча конструкція не передбачає переходу права власності на майно та існування двох власників, вирішення спору буде дещо спрощеним, оскільки у суду скоріше за все відпаде необхідність вирішувати проблеми, пов'язані із публічним порядком України.

Продовжуючи далі аналіз Європейської Конвенції, вважаємо за доцільне звернути увагу на положення ст. 12, згідно з якою відповідь на запит повинна бути надана «якнайшвидше». При цьому час надання відповіді не обмежується. У літературі висловлюється слушна думка, що «розумний строк повинен обчислюватися з моменту отримання одержуючою установою в іншій країні без врахування часу проходження його через українські заклади»<sup>320</sup>.

Однак, якщо складання відповіді вимагає тривалого часу, отримуючий заклад інформує про це іноземний запитуючий заклад і, по можливості, зазначає при цьому імовірну дату передачі відповіді (абз. 2 ст. 12 Європейської Конвенції). У зв'язку із цим виникає проблема, оскільки за таких обставин вкласти у 2- або, як виняток, 3-місячний строк, передбачений ст. 157 ЦПК України і ст. 69 ГПК України, фактично неможливо, а винятків для розгляду справ з іноземним елементом законодавство України не містить. Виходить парадоксальна ситуація, що у зв'язку із об'єктивною неможливістю вкласти в строк, обмежений процесуальним законодавством трьома місяцями, може вступати в дію ч. 3 ст. 8 Закону України «Про МПП», яка передбачає застосування права України, у випадку, якщо зміст норм права іноземної держави у розумні строки не встановлений.

На розмитість (або суб'єктивність) поняття «розумного строку» при розгляді справ також наголошував *Вищий господарський суд України у Листі «Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів» від 01.01.2009 р.*<sup>321</sup> та вказували окремі російські дослідники. Так, на думку М. Г. Розенберга, цей термін дозволяє зробити висновок про те, що відносно категорії спорів, для вирішення яких необхід-

<sup>320</sup> Васильченко В. В. Вказана праця. – С. 29.

<sup>321</sup> Лист Вищого господарського суду України «Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів» від 01.01.2009 р. // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 2.

но встановлювати зміст норм іноземного права, законом передбачено виняток із правила про строки розгляду справ та прийняття рішення судом першої інстанції, тому повинні застосовуватися більш тривалі строки, ніж ті, що передбачені ст. 152 АПК Російської Федерації та ст. 154 ЦПК Російської Федерації<sup>322</sup>. Підтримуючи таку позицію, І. В. Дроб'язкіна пропонує внести відповідні зміни до процесуального законодавства Російської Федерації, встановивши, що «у випадках, якщо у цивільній справі, що розглядається судом Російської Федерації, беруть участь іноземні громадяни або іноземні юридичні особи, або якщо цивільні правовідносини ускладнені іноземним елементом, цивільні справи слід розглянути та вирішити до закінчення 5 місяців з дня прийняття заяви до провадження»<sup>323</sup>.

Однак, враховуючи складність даної проблеми, встановити конкретний строк, на наш погляд, неможливо, оскільки він залежить від багатьох факторів: від віддаленості країни, він складності та характеру перекладу самого запиту та відповіді на запит, від ступеня розвитку зв'язків із відповідною іноземною державою тощо.

Крім того, ні для кого не секрет, що у судах загальної юрисдикції «звичайні» справи розглядаються значно довше, аніж передбачено процесуальним законодавством. Хоча, можливо, було б доцільно визначити строк (наприклад, 6 місяців), протягом якого суд зобов'язаний докласти всіх зусиль щодо встановлення змісту іноземного права (складання запиту, його переклад, пересилання, отримання відповіді тощо).

Після отримання відповіді на запит судовий орган повинен вивчити надані нормативно-правові акти, практику їх застосування, можливо, доктринальні праці іноземних юристів, а вже потім – розглянути справу у передбаченому процесуальним правом порядку.

Крім звернення до компетентних органів України та іноземної держави, суд має право залучати експертів (ч. 2 ст. 8 Закону України «Про МПП»). На думку деяких дослідників, встановити зміст іноземного права на основі простого прочитання текстів іноземних законів без залучення експертів взагалі неможливо. Більше того, коли зміст іноземного права встановлюється судом самостійно, без звернення до третіх осіб, зокрема і до експертів, «існують об'єктивні пе-

<sup>322</sup> Розенберг М. Г. Некоторые актуальные вопросы применения иностранного гражданского права российскими судами // Хозяйство и право. – 2003. – № 2. – С. 127–128.

<sup>323</sup> Дробязкина И. В. Особенности рассмотрения гражданских дел с иностранным элементом: Дис... канд. юр. наук: 12.00.15. – Саратов: Саратовская государственная академия права, 2004. – С. 92–93.

редумови для того, щоб засумніватися у вірному встановленні змісту іноземного права... та... говорити про існування заперечуваної презумпції неналежного встановлення»<sup>324</sup>. Ми також погоджуємося, що при встановленні змісту іноземного права, особливо щодо правових конструкцій, невідомих праву України, звернення до фахівців у іноземному праві є необхідним.

Однак, на нашу думку, формулювання ч. 2 ст. 8 Закону України «Про МПП», що стосується залучення експертів для встановлення змісту іноземного права, містить деяку термінологічну неточність, що полягає у наступному. Порядок залучення експертів, надання ними висновку, а також оцінка такого висновку судом встановлюється процесуальним законодавством України та Законом України «Про судову експертизу»<sup>325</sup>.

Згідно зі ст. 53 ЦПК України експертом є особа, якій доручено провести дослідження матеріальних об'єктів, явищ і процесів, що містять інформацію про обставини справи, і дати висновок з питань, які виникають під час розгляду справи і стосуються сфери її спеціальних знань. Як експерт може залучатися особа, яка відповідає вимогам, встановленим Законом України «Про судову експертизу» і внесена до Державного реєстру атестованих судових експертів. Дуже схожі положення містить і ст. 31 ГПК України.

Експерт може бути залучений судом на підставі відповідної ухвали, після чого він набуває статусу учасника процесу, наділеного певними правами та обов'язками. При цьому, основним обов'язком експерта є надання обґрунтованого та об'єктивного висновку на поставлені йому питання, які стосуються сфери, що вимагає спеціальних знань.

Оскільки положення, яке надає суду право залучати експерта, міститься у статті, яка встановлює порядок встановлення змісту норм іноземного права, можна дійти висновку, що експерт повинен буде надати суду відповіді на питання саме щодо норм іноземного права, практики їх застосування та тлумачення у контексті справи, що є предметом розгляду у суді, тобто на правові питання.

Наприклад, суд звертається до експерта з вимогою про надання інформації щодо законодавства, яке регулює діяльність трастів, при-

<sup>324</sup> Тимохов Ю. А. Вказана праця. – С. 83.

<sup>325</sup> Закон України «Про судову експертизу» від 25.02.1994 р. № 4038-XII // Відомості Верховної Ради України від 12.07.1994, № 28, ст. 232.



пустимо, на Кіпрі, оскільки саме право Республіки Кіпр було визнано судом належним для регулювання спірних правовідносин. При цьому, суд може поставити питання, чи визнається досліджувана судом довірча конструкція трастом за законодавством Республіки Кіпр, чи ні. Якщо ні, то чим є така конструкція? На нашу думку, такі питання слід вважати правовими, тобто такими, які вимагають від експерта саме юридичних знань, а не спеціальних знань у сфері науки, техніки, мистецтва та ін.

Однак вищі судові органи України вказують на неприпустимість призначення експертизи у випадках порушення перед експертом правових питань, вирішення яких віднесено законом до компетенції суду (*Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» від 30 травня 1997 року № 8*<sup>326</sup> та *Роз'яснення Вищого арбітражного суду України «Про деякі питання практики призначення судової експертизи» від 11.11.98 р. № 02–5/424*)<sup>327</sup>.

На неможливості призначення експертизи для встановлення змісту іноземного права наголошують і окремі процесуалісти. Зокрема, М. К. Треушніков вказує, що «знання в області права не відносяться до спеціальних знань, на основі яких може проводитися експертиза, тому у цивільному (арбітражному) процесі не можна призначати експертизу для вирішення правових питань, у тому числі й тих, що стосуються змісту та порядку застосування норм іноземного права»<sup>328</sup>.

Отже, суд не може залучати експерта для надання відповідей на такого роду запитання. Більше того, в Україні відсутні експерти, які мають право на проведення правової експертизи, оскільки такий вид експертизи не передбачений чинним законодавством України.

З цього випливає логічний висновок, що ч. 2 ст. 8 Закону України «Про МПП» під поняттям «експерт» розуміє не судового експерта, діяльність якого регулюється нормами процесуального законодавства України та Закону України «Про судову експертизу», а фахівця у галузі права, зокрема, іноземного, який не має статусу експерта. А якщо особа не є експертом у розумінні процесуального закону, то вона не може бути залучена судом до розгляду справи, як це передбачено ч. 2 ст. 8 Закону

<sup>326</sup> Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» від 30 травня 1997 року № 8 // Вісник Верховного Суду України. – 1997. – № 3.

<sup>327</sup> Роз'яснення Вищого арбітражного суду України «Про деякі питання практики призначення судової експертизи» від 11.11.98 р. № 02–5/424 // Юридичний вісник України. – 1998. 12. – № 51.

<sup>328</sup> Треушников М. К. Судебные доказательства. 2-е изд., доп. – М.: Изд-во Городец, 1999. – С. 251.

України «Про МПП». Проте, на нашу думку, інформація, яка може бути надана такою особою, може мати важливе значення для встановлення змісту іноземного права, тому суд повинен мати право не залучати таку особу, а звертатися до неї із відповідним запитом (за аналогією звернення до компетентних органів України чи за кордоном).

Виходячи з цього, ми пропонуємо внести зміни до ч. 2 ст. 8 Закону України «Про МПП» та викласти її наступним чином: «З метою встановлення змісту норм права іноземної держави суд чи інший орган може звернутися в установленому законом порядку до Міністерства юстиції України чи інших компетентних органів та установ в Україні чи за кордоном, *а також до фахівців у галузі права іноземної держави*».

З одного боку, таке формулювання дозволить уникнути колізії у розумінні поняття експерта, а з іншого – надасть суду право звертатися до осіб, які володіють необхідними знаннями іноземного права та практикою його застосування, а відтак створять додаткові умови для більш швидкого та об'єктивного вирішення спору.

Продовжуючи аналіз способів встановлення змісту іноземного права, варто вказати, що ч. 3 ст. 8 Закону України «Про МПП» надає право особам, які беруть участь у справі, подавати документи, що підтверджують зміст норм права іноземної держави, на які вони посилаються в обґрунтуванні своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм.

Такими документами можуть бути тексти іноземних нормативно-правових актів, зокрема, законів, постанов, ордонансів, указів тощо, тексти судових рішень, які можуть мати силу судового прецеденту, узагальнення судової практики, виданої уповноваженими органами іноземної держави. В ідеалі вказані документи повинні бути оформлені відповідно до вимог процесуального законодавства, тобто засвідчені належним чином та перекладені українською (або принаймні) російською мовами.

Проте, відповідно до **Конвенції, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів від 05.10.1961 р.**<sup>329</sup>, до якої Україна приєдналася 10.01.2002 р. (дата набуття чинності для України: 22.12.2003 р.)<sup>330</sup>, та **Правил проставлення апостиля на офіційних документах, призначених для використання на території інших**

<sup>329</sup> Конвенція, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів від 05.10.1961 р. // Офіційний вісник України. – 2003, № 46 (28.11.2003). – Ст. 2419.

<sup>330</sup> Закон України «Про приєднання України до Конвенції, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів» від 10.01.2002 р. № 2933-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002, № 23 (07.06.2002). – Ст. 163.

**держав**, затверджених наказом Міністерства закордонних справ України, Міністерства освіти і науки України, Міністерства юстиції України від 05.12.2003 р. № 237/803/151/5<sup>331</sup>, апостилюється, зокрема, на оригіналах, копіях та фотокопіях нормативно-правових актів, роз'яснень та правових висновків щодо їх застосування.

Отже, чинне законодавство України не передбачає апостилювання або іншим чином посвідчення нормативно-правових актів іноземних держав, практики їх застосування тощо, що, по суті дозволяє суду приймати від сторін будь-які непосвідчені документи, що містять інформацію про зміст іноземного права. На нашу думку, прийняття судом такого роду документів може призвести до порушення вимог процесуального закону, що, у свою чергу, може стати підставою для скасування судового рішення судами вищих інстанцій.

Таким чином, Законом України «Про МПП» суду надані широкі можливості для встановлення змісту іноземного права, що повною мірою відповідає потребі повного та об'єктивного розгляду справи та винесення обґрунтованого та законного рішення. При чому, на нашу думку, перелік способів встановлення змісту іноземного права, передбачених ч. 2–3 ст. 8 Закону України «Про МПП», є невичерпним, тому суд за власним бажанням може використовувати й інші законні способи такого встановлення.

Однак, якщо зміст норм права іноземної держави в розумні строки не встановлений, то, як висловилися І. С. Перетерський та С. Б. Крилов, «виникає питання: як повинен вчинити суд, якщо, незважаючи на вжиті заходи, йому не вдалося встановити зміст іноземного права. Єдиним виходом тоді залишається застосування місцевого права»<sup>332</sup>.

Саме таким чином дану проблему вирішив український законодавець, встановивши, що, якщо зміст норм права іноземної держави в розумні строки не встановлений, незважаючи на вжиті заходи, застосовується право України (ч. 4 ст. 8 Закону України «Про МПП»). Зважаючи на специфіку довірчих відносин, застосування до них права України може бути значно ускладнено, якщо досліджуваний інститут взагалі відсутній у праві України. Проте це єдиний вихід для суду при вирішенні справи.

<sup>331</sup> Наказ Міністерства закордонних справ України, Міністерства освіти і науки України, Міністерства юстиції України «Про затвердження Правил проставлення апостиля на офіційних документах, призначених для використання на території інших держав» від 05.12.2003 р. № 237/803/151/5 // Офіційний вісник України. – 2003, № 51 (02.01.2004) (ч. 2). – Ст. 2708.

<sup>332</sup> *Перетерский И. С., Крылов С. Б.* Международное частное право. 2-е изд. – М.: Госюриздат, 1959. – С. 54.

### **3.2.3. Застосування іноземного права для регулювання довірчих правовідносин, ускладнених іноземним елементом. Обмеження такого застосування**

Завершальним етапом судового розгляду справ з іноземним елементом, у тому числі і тих, що виникають з довірчих правовідносин, є застосування права, до якого відсилає колізійна норма. У разі, якщо таким правом є право іншої країни, то процедура його застосування відбувається після встановлення його змісту, про що йшлося у попередньому розділі. За словами Т. М. Яблочкова, «застосування чужоземного права впливає не в силу винятку, а в силу загального правила – як застосування позитивних цивільних норм, так само обов'язкових для туземного судді, як і норми вітчизняного права. Тому немає презумпції на користь виключно вітчизняної дії національного закону»<sup>333</sup>.

Вітчизняна доктрина та судова практика практично одностайні в тому, що суд має застосовувати іноземне право так, як би це робив іноземний суд<sup>334</sup>. Проте О. О. Мережко наголошує, що такий підхід «не відповідає реальному стану речей та є не більше, ніж фікцією», більше того, «застосувати іноземне право так само, як воно застосовується у себе на батьківщині – завдання завідомо нереальне»<sup>335</sup>.

На нашу думку, зауваження науковця є слушним, особливо у тих випадках, коли суддя має застосовувати іноземну норму права, яка, наприклад, регулює правовий інститут, невідомий вітчизняній правовій системі (той самий класичний англо-американський траст). У такому випадку ми вважаємо, що суддя має покладатися на власний досвід

<sup>333</sup> Яблочков Т. М. Вказана праця. – С. 62.

<sup>334</sup> Як виняток варто навести позицію, обґрунтовану свого часу М. М. Агарковим, який вважав, що застосування іноземного права якісно відрізняється від застосування судом власного права та вказував, що «застосовуючи іноземний закон, суддя не стає на той же творчий шлях, яким він іде, застосовуючи радянський закон. По відношенню до іноземного закону він не шукає правильного його тлумачення та правильного заповнення його прогалин, а встановлює, як цей закон тлумачать та застосовують у судах відповідної держави, тобто встановлює певний істотний для вирішення справи факт» // Агарков М. М. Применение советским судом иностранного права // Проблемы социалистического права. – 1938. – № 3. – С. 69.

Необхідно також згадати С. І. Раєвича, який вважав, що «застосування норм права радянськими судами відбувається значно інакше, ніж у буржуазному суді. Одна й та ж норма при її застосуванні може оформлювати зовсім різні правовідносини; зокрема, це може мати місце внаслідок неоднакового методу, за допомогою якого суди різних держав... застосовують норми права» // Раевич С. И. Международное частное право / Под ред. Е. Пашуканиса. – М.: Изд-во Советского законодательства, 1934. – С. 48.

<sup>335</sup> Мережко А. А. Коллизийное право США. – К.: Изд-во Юстиниан, 2003. – С. 113, 116.

та знання, а також використовувати ті механізми правозастосування, до яких він звик при застосуванні національного права. З іншого боку, саме підсвідоме покладання судді на його власні національні уявлення про те, що є правом та справедливістю, при застосуванні іноземного права спотворює останнє та, за словами О. О. Мережка, створює своєрідний «фільтр», при проходженні якого іноземне право перестає бути само собою<sup>336</sup>.

Крім того, застосування норми іноземного права судом ускладнюється ще кількома факторами. Так, у міжнародному приватному праві розвинених країн застосування норми іноземного права обмежуються дією імперативних норм країни суду та застереженням про публічний порядок<sup>337</sup>. На дані обмеження вказує також і Конвенція про трасти у ст. 15, 18, 19 та ст. 10, 12, 14 Закону України «Про МПП».

Згадки про те, що певний іноземний закон не застосовується судом через те, що він не відповідає нормам моралі, добрих звичаїв тощо, зустрічаються ще з XIV ст. – часів постглосаторів, проте концепція **публічного правопорядку** (*ordre public*, *public policy*, *Vorberhaltsklausel*) сформувалася у французькому праві. Її родоначальником вважається Ф. К. фон Савіньї.

Як влучно зазначив Л. Раапе, «відсилання до іноземного права – це завжди стрибок у невідомість. Це сказано не в тому сенсі, що іноземні матеріальні норми часто будуть для нас невідомі та сумнівні. Мається на увазі інше: іноземне право може містити матеріальні норми, застосування яких у нас ми вважаємо неприпустимим, норми, які ображають наші почуття або створюють перепони для здійснення важливих завдань нашого правопорядку. Звідси впливає необхідність передбачати прив'язку до іноземного права лише з певними обмеженнями, додаючи до відсилання до іноземного права певне застереження... Жодна держава не може відмовитися від такого роду застереження. Тому останнє існує у праві всіх країн, хоча не скрізь воно передбачено законом»<sup>338</sup>.

<sup>336</sup> Мережко А. А. Вказана праця. – С. 113–114.

<sup>337</sup> Застосування норми іноземного права може бути обмежено також внаслідок дії так званих реторсій, існування яких пов'язано із порушенням принципу взаємності у відносинах між країнами. Проте питання взаємності та реторсій не розглядатимуться у даній роботі, оскільки автору на даний момент не відомі випадки відмови у застосуванні норми іноземного права при регулюванні довірчих відносин з іноземним елементом внаслідок дії реторсій.

<sup>338</sup> Raape Л. Международное частное право / Под ред. Л. А. Лунца. – М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1960. – С. 96.

Проте, незважаючи на поширеність даної категорії у праві всіх країн, у жодній із них не існує єдиного загальновизнаного визначення цього поняття, що у свій час пояснювалося радянськими дослідниками його заполітизованістю та бажанням «буржуазних» держав уникнути застосування іноземного права, перш за все, – права соціалістичних країн<sup>339</sup>.

Такий підхід на сьогодні видається безпідставним, оскільки, за словами К. Цвайгерта та К. Кьотца, «... судова практика намагається звести поняття добрих звичаїв або публічного порядку до наглядних принципів, виділити їх в особливу групу прецедентів, розробити спеціальні критерії для визначення цього поняття, щоб максимально уникнути неконкретного та ірраціонального в його змісті, неминуче притаманних будь-якому загальному застереженню»<sup>340</sup>. У той же час вчені та практики наголошують, що «публічний порядок не лише неможливо, але і не варто визначати»<sup>341</sup>, оскільки «невизначеність – основна його характерна риса»<sup>342</sup>.

Не розглядаючи всі підходи до визначення даного поняття, просто зазначимо, що ми підтримуємо точку зору тих вчених, які обґрунтовують існування *позитивної* та *негативної* концепції публічного порядку. У першому випадку публічний порядок розглядається як сукупність матеріально-правових норм, які усувають в силу особливих властивостей дію іноземного права (йдеться про так звані «надімперативні» норми), а у другому випадку йдеться про властивості іноземного закону, які унеможливають його застосування судом, незважаючи на відсилання до нього національної колізійної норми. Тобто різниця між цими двома концепціями полягає в акценті або на позитивних якостях закону суду, або на негативних якостях іноземного закону чи змісту рішення суду однієї країни, пред'явленого до виконання на території іншої.

Отже, ми визначаємо поняття публічного правопорядку максимально широко, включаючи до нього як імперативні норми націо-

<sup>339</sup> Кольцов Б. И. Критика буржуазных теорий по вопросам действия коллизийной нормы в международном частном праве: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. – М.: Московский государственный институт международных отношений МИД СССР, 1973. – С. 16–17.

<sup>340</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х т. Т. 2. – М.: Международ. отношения, 2000. – С. 80.

<sup>341</sup> Пиленко А. Очерки по систематике частного международного права. – СПб: Типография М. М. Стасюлевича, 1911. – С. 80.

<sup>342</sup> Богуславский М. М. Международное частное право: Учебн. – М.: Международные отношения, 1994. – С. 93.

нального права, так і публічний порядок у вузькому значенні цього слова, хоча значна частина науковців розділяє вказані поняття та розглядає їх окремо.

На наш погляд, поняття публічного порядку у *широкому* значенні цього слова достатньо влучно визначено у *Постанові Федерального арбітражного суду Північно-Західного округу Російської Федерації від 20.03.2003 р.*, де під ним розуміють «основоположні принципи права, тобто його основні начала, які наділені універсальністю, вищим ступенем імперативності та особливою значимістю»<sup>343</sup>.

В іншій *Постанові Федерального арбітражного суду Московського округу від 03.07.2003 р.* вказано, що про порушення публічного порядку може йтися лише тоді, «коли у результаті виконання рішення суду будуть вчинені дії, або прямо заборонені законом, або які заподіюють шкоду суверенітету чи безпеці держави, або стосуються інтересів великих соціальних груп, що несумісне з принципами побудови економічної, політичної, правової системи держави, або є такими, що зачіпають конституційні права та свободи громадян, а також суперечать основним принципам цивільного законодавства, таким як рівність учасників, недоторканність власності, свобода договору»<sup>344</sup>.

Оскільки предметом нашого дослідження є довірчі відносини з іноземним елементом, необхідно дати відповідь на питання, чи можлива відмова у застосуванні іноземного права судом при вирішенні спору, що виникає з довірчих відносин, через посилання на порушення публічного порядку? Якщо така відмова можлива, то коли і за яких обставин?

Конвенція про трасти у ст. 18 ствердно відповідає на це питання, встановлюючи, що її положення можна не враховувати у випадку, якщо їх застосування очевидно суперечить публічному порядку (*ordre public*). При цьому сама Конвенція не містить визначення поняття публічного порядку та не визначає, котрі з її положень ймовірно можуть суперечити публічному порядку.

Існує думка, що положення Конвенції про трасти суперечить самому призначенню та цілям Конвенції, оскільки «концепція трасту загалом може бути визнана такою, що суперечить публічному порядку країн цивільного права, тому здається, що мало не кожне положення Конвенції може бути визнано таким, що суперечить публічному порядку»<sup>345</sup>.

<sup>343</sup> Тимохов Ю. А. Вказана праця. – С. 88.

<sup>344</sup> Тимохов Ю. А. Вказана праця. – С. 88.

<sup>345</sup> Schoenblum J. A. Multistate and Multinational Estate Planning. 2008 Edition. Volume I. CCH. Wolters Kluwer Business, 2007. – P. 18–101.



Проте такий підхід видається невірним. Загалом, як вказують дослідники, названий вище пункт є стандартним для Гаазьких Конвенцій<sup>346</sup>. Згідно цього пункту положення Конвенції не застосовуються, якщо їхнє застосування явно несумісне із публічним порядком. При цьому, слово «явно» вказує, що суд може посилається на ст. 18 Конвенції про трасти лише у надзвичайних випадках. Застування даної статті має бути рідкісним явищем і мати місце лише тоді, коли застосування іноземного права, до якого відіслала колізійна норма країни суду, дійсно суперечить її фундаментальним засадам правопорядку<sup>347</sup>. Саме тому кожен такий випадок є винятковим та має бути детально обґрунтований судом. Як слушно зауважував дореволюційний вчений А. Пиленко, якщо законодавець вирішив, що необхідно застосувати іноземний закон, суддя повинен це зробити... «для судді важливо лише одне: виконати волю законодавця. І якщо цю волю – через екстраординарні обставини конкретного казусу – виконати виявляється неможливим, то для судді важливо ще й інше – мотивувати ті випадки, коли відбувається... порушення волі законодавця»<sup>348</sup>.

У міжнародному праві діє презумпція (виражена і в ч. 2 ст. 12 Закону України «Про МПП»), згідно з якою відмова у застосуванні права іноземної держави не може ґрунтуватися лише на відмінності правової, політичної або економічної системи відповідної іноземної держави від правової, політичної, або економічної системи країни суду. Це правильно, оскільки у протилежному випадку іноземне право практично б ніколи не застосовувалося національними судами, зважаючи на існуючі відмінності у правових системах різних країн.

Поняття довірчих відносин охоплює велику кількість різноманітних правовідносин, які відрізняються у кожній країні та включають у себе правові інститути, які існують в одній країні, але не допускаються за законодавством інших, проте лише це не може бути підставою для незастосування норми іноземного права.

Такий висновок є не лише логічно виведеним з положень міжнародного приватного права, але і підтверджується судовою практикою. Так, суди країн континентального права не відмовляють у визнанні іноземного трасту із посиланням на застереження про публічний порядок лише через те, що у їхньому праві відсутній його еквівалент (*Рішення Верховного суду Австрії від 27 лютого 1952 р., Рішення*

<sup>346</sup> *Glasson J., Thomas G. The International Trust. Edition: 2, Jordans, 2006. – P. 174.*

<sup>347</sup> *Schoenblum J. A. Вказана праця. – P. 18–101.*

<sup>348</sup> *Пиленко А. Вказана праця. – С. 75.*

*Ареопагу Греції № 1286, 1977 р., Рішення Верховного Суду Швейцарії у справі X v. USA, 2004 р.)*<sup>349</sup>.

Отже, відсутність у праві конкретної держави певної довірчої конструкції не є підставою для відмови у застосуванні норми іноземного права, яка регулює відносини, пов'язані із застосуванням такої конструкції. У зв'язку із цим виникає наступне питання: що ж є підставою для застосування судом застереження про публічний порядок і як наслідок – відмови у застосуванні норми іноземного права, до якого відсилає колізійна норма країни суду?

Найбільш оптимальну, на наш погляд, відповідь на вказане питання надав німецький юрист Бар, який вважав, що вирішальним моментом у проблемі публічного порядку є не зміст іноземного закону чи правової вимоги, а сприяння їх здійсненню на території країни суду. Саме його теорія стала основою сучасного розуміння застереження про публічний порядок, відповідно до якого іноземний закон не підлягає застосуванню не тоді, коли він не відповідає або навіть суперечить публічному порядку країни суду, а тоді, коли публічному порядку суперечать наслідки такого застосування<sup>350</sup>.

Іноземні дослідники наводять такі приклади відмови у застосуванні норми іноземного права англійський судом на підставі застереження про публічний порядок: коли англійське майно передано англійському довірчому власнику у довічний траст для управління ним на користь бенефіціаріїв-англійців на підставі обраного сторонами іноземного права, яке не містить правила, що забороняє безстрокове володіння (*rule against perpetuities*)<sup>351</sup>; або у випадку, коли англійське майно передане англійському довірчому власнику у траст для досягнення неблагодійних (*non-charitable*) цілей на території Англії на підставі обраного іноземного права, яке анулює дію правила проти невідчужуваності та дозволяє заснування неблагодійних цільових трастів<sup>352</sup>.

Цікавою ілюстрацією відмови у застосуванні норми іноземного права англійський судом може бути справа *Armitage v. Nurse*

<sup>349</sup> *Glasson J., Thomas G.* The International Trust. Edition: 2, Jordans, 2006. – P. 176.

<sup>350</sup> *Макаров А. Н.* Основные начала международного частного права. – М, 1924. – С. 56–57.

<sup>351</sup> Rule against perpetuities (правило проти довічного володіння) у країнах загального права є одним із основоположних правил, яке забороняє власнику накладати обмеження на власне майно на нескінченно довгий строк. І хоча не існує єдиного загальноновизнаного строку, протягом якого власник має безумовне право накладати обмеження на належне йому майно, як правило, який строк обмежується.

<sup>352</sup> *Glasson J., Thomas G.* Вказана праця. – P. 174.

(1998)<sup>353</sup>, у якій англійське майно було передано у траст на користь англійських бенефіціаріїв на підставі Закону Кайманових островів про трасти, згідно з яким вигодонабувачі не мають жодних прав (окрім права утримувати трастове майно, передане їм довірчим власником) до моменту призначення виконавця (*enforcer*)<sup>354</sup> трасту. Оскільки жоден із бенефіціаріїв не був визначений як виконавець, то згідно з вказаним законом траст «на користь бенефіціаріїв» скоріше за все розглядався б як логічно виведений траст на користь самого установника з правом передавати певні вигоди бенефіціаріям. Як наголосив суддя, «існує мінімальний перелік обов'язків довірчого власника перед бенефіціарієм. Права останніх підлягають судовому захисту. І це є фундаментальною концепцією трасту. Якщо бенефіціарії не мають прав, які можуть бути захищені у разі неправомірних дій довірчого власника, трасту не існує». Отже, англійський суд відмовив у застосуванні Закону Кайманових островів про трасти з тих підстав, що наслідки такого застосування будуть явно несумісні із фундаментальними засадами трастового права Англії, оскільки вони позбавлять бенефіціаріїв права на судовий захист.

Тепер спробуємо проаналізувати, у яких випадках наслідки застосування норми іноземного права, що регулює довірчі відносини, можуть суперечити публічному порядку України. Як вже неодноразово наголошувалося, класичний англо-американський траст, який передбачає існування двох власників на одне й те саме майно, не допускається законодавством цілого ряду країн, що належать до континентальної системи права, для якої одним із основоположних принципів є неподільність права власності на майно. Тому перед українським суддею (як і суддею будь-якої іншої країни континентального права), який розглядатиме спір щодо трасту, обов'язково постане питання, чи не суперечитиме сам траст публічному правопорядку його країни.

Як було вказано вище, ми вважаємо, що сам по собі траст, а також застосування норм іноземного права, які регулюють відносини довірчої власності, не можуть суперечити публічному порядку України, проте у кожному конкретному випадку варто звертати увагу, чи не суперечитимуть наслідки такого застосування публічному порядку України.

Для прикладу візьмемо траст, відповідно до умов якого громадянин України визнається вигодонабувачем, який має право на отримання доходів від управління майном, що перебуває у довірчій власності, скажімо, громадянина Англії. Відповідно до англійського права як

<sup>353</sup> Schoenblum J. A. Вказана праця. – Р. 18–125.

<sup>354</sup> Enforcer – особа, яка у примусовому порядку здійснює реалізацію того чи іншого права, виконавець.

довірчий власник, так і бенефіціарій (громадянин України) визнаватимуться власниками переданого майна. У разі розгляду українським судом спору, що виник з таких правовідносин, суд мав би застосувати іноземне право, визнати дійсним траст, а також визнати і захистити права громадянина України як бенефіціарія. Відмова у застосуванні положень іноземного закону (наприклад, невизнання існування прав на майно у громадянина України) з посиланням на порушення публічного порядку України, на нашу думку, не відповідала б цілям правосуддя і призвела б до порушення прав вигодонабувача.

Розглянемо інший приклад, також досить поширений. Юридична особа, зареєстрована в Україні, яка володіє корпоративними правами іншої української юридичної особи, передає вказані права у траст, розташований на Кіпрі, для управління ними у своїх інтересах. Управління акціями української компанії відбуватиметься згідно з кіпрським законодавством. У разі виникнення спору і розгляду його українським судом належним правом, яке має застосовуватися до регулювання даних правовідносин, буде визнано право Республіки Кіпр. Скоріше за все, суд визнає дійсність трасту, а також права вигодонабувача – української компанії, незважаючи на те, що такі права ґрунтуються на кіпрському законодавстві і не мають аналогів у праві України.

В обох наведених випадках наслідки застосування положень іноземного законодавства, які регулюють відсутній в Україні правовий інститут, були б, якщо можна так сказати, «позитивними», оскільки вони відповідали б цілям правосуддя і, на нашу думку, не суперечили б публічному порядку України.

А зараз розглянемо інший випадок: коли особа (наприклад, дід – громадянин США) відповідно до заповіту передає довірчому власнику усе належне йому майно у спадковий траст. При цьому, довірчий власник повинен буде передати вказане майно спадкоємцю (онуку – громадянину України) лише за умови, що останній протягом одного року з моменту смерті довірителя розлучиться зі своєю дружиною. Заповіт було складено відповідно до вимог того штату, в якому постійно проживав дід. У подальшому дід переїхав до України. Онук, вважаючи, що така умова спадкового трасту є нікчемною, на підставі ч. 2 ст. 1242 ЦК України звертається до діда за місцем його проживання в Україні із вимогою про визнання цієї умови недійсною.

Серед питань, що постануть перед українським судом, будуть наступні: яке право слід застосувати при вирішенні питання щодо дій-

ності самого спадкового трасту та при регулюванні спору по суті, тобто при вирішенні питання щодо законності чи незаконності вищевказаної умови спадкового трасту. Припустимо, що внаслідок застосування колізійних норм українським судом було встановлено, що правом, яке підлягає застосуванню, має бути право того штату, де було складено заповіт, яке дозволяє включення до нього такого роду умов.

Наступним кроком має бути застосування норми іноземного права для вирішення спору. На цьому етапі перед судом постане питання, чи не суперечитимуть наслідки застосування іноземного права публічному порядку України. Згідно зі ст. 1242 ЦК України заповідач може обумовити виникнення права на спадкування у особи, яка призначена у заповіті, наявністю певної умови, як пов'язаної, так і не пов'язаної з її поведінкою (наявність інших спадкоємців, проживання у певному місці, народження дитини, здобуття освіти тощо). Тобто чинне законодавство України, як і право відповідного штату США, дозволяють включення певних умов до заповіту.

Якщо право штату США, де було складено заповіт, дозволяє включення до заповіту вищевказаного положення як умови передачі довірчим власником спадкоємцю спадкового майна, то український суд має би її застосовувати та, відповідно, відмовити у задоволенні позову. Проте, ст. 32 Конституції України проголошено, що ніхто не може зазнавати втручання в його особисте та сімейне життя, окрім випадків, передбачених Конституцією України.

На нашу думку, включення до заповіту такої умови отримання спадкового майна, як розлучення із дружиною, є втручанням у сімейне життя потенційного спадкоємця, оскільки така умова не сприяє поглибленню сімейних відносин, тоді як законодавство України стоїть на позиції зміцнення сім'ї. Крім того, сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою (ст. 51 Конституції України, ст. 2 та ст. 5 Сімейного кодексу України). Тому ми вважаємо, що наслідки застосування норми іноземного закону, який дозволяє включення умови, що сприяє розлученню (а отримання матеріальних благ є досить переконливою умовою), є несумісними із публічним порядком України.

За таких обставин суд, на нашу думку, має відмовити у застосуванні відповідної норми штату США на підставі ст. 12 Закону України «Про МПП» та застосувати право України, яке встановлює нечинність умови заповіту, якщо вона суперечить закону або моральним засадам суспільства (ч. 2 ст. 1242 ЦК України).

До речі, наведений приклад – непоодинокий, оскільки включення такого роду умов отримання спадкового майна не рідкість, що стало підставою для формування відповідної судової практики у країнах загального права.

Ще з кінця 19 ст. судовою практикою штату Іллінойс було сформульовано правило, що умови отримання спадщини, які сприяють розлученню або виступають проти одруження, суперечать публічному порядку (справа *Randsell v. Boston*, 1898 р.).

У більш пізній справі *re Estate of Gerbing* (1975 р.)<sup>355</sup> предметом розгляду суду стало, зокрема, таке положення заповіту: «якщо дружина мого сина помре раніше за нього або вони розлучаться та залишатимуться розлученими протягом 2 років, траст припиняє свою дію та довірчий власник повинен буде передати усе майно, а також прибутки, отримані від управління ним, моєму сину. Якщо ж мій син помре раніше за його дружину, усе майно та прибутки, отримані від його управління, довірчий власник повинен буде передати моїй сестрі, якщо вона на той момент буде ще жива». Зважаючи на те, що умовою припинення трасту та переходу до сина майна, переданого у траст, є смерть його дружини або розлучення з нею, суд визнав недійсним вказане вище положення заповіту через те, що воно суперечить публічному порядку.

Ще однією справою, в якій спадковий траст визнано таким, що суперечить публічному порядку, є справа *Estate of Feinberg*, розглянута 30 червня 2008 р. Апеляційним судом штату Іллінойс<sup>356</sup>. У вказаній справі Макс Файнберг передав своє майно у спадковий траст, включивши до заповіту таку умову: «мій спадкоємець, окрім моїх дітей, хто одружиться з особою, яка не сповідує іудейську віру (окрім випадку, що така особа перейде в іудейську віру протягом року з дня одруження), а також всі його або її спадкоємці будуть позбавлені спадкового майна з дня весілля». Суд першої та апеляційної інстанції дійшли одностайного висновку, що таке положення суперечить публічному правопорядку, а відтак воно визнається недійсним.

Однак суди інших штатів в аналогічних справах приходили до протилежних висновків. Зокрема, у справі *Shapira v. Union National Bank* (1974 р.) суд штату Огайо визнав дійсним та підтримав положення заповіту, відповідно до яких син спадкодавця зобов'язаний був одружитися на дівчині-іудейці, народженій від батьків-іудеїв, протягом семи років з моменту смерті заповідача. Суд Нью-Йорка у справі *re Silverstein's Will* (1956 р.) також підтримав вимогу одруження на особі, яка належить до іудейської віри. У справі *Gordon v. Gordon*

<sup>355</sup> [ReEstateofFeinberg//http://www.state.il.us/court/Opinions/AppellateCourt/2008/1stDistrict/June/1062823.pdf](http://www.state.il.us/court/Opinions/AppellateCourt/2008/1stDistrict/June/1062823.pdf).

<sup>356</sup> [ReEstateofFeinberg//http://www.state.il.us/court/Opinions/AppellateCourt/2008/1stDistrict/June/1062823.pdf](http://www.state.il.us/court/Opinions/AppellateCourt/2008/1stDistrict/June/1062823.pdf).

(1955 р.) суд штату Массачусетс також визнав дійсним положення, яке скасовувало перехід спадкового майна до бенефіціаріїв, одружених на особах, не народжених в іудейській вірі.

Усі вищевказані справи стосувалися так званого внутрішнього публічного порядку, оскільки у правовідносинах, що були предметом розгляду судів, був відсутній іноземний елемент. Припустімо, що українським судом має бути розглянуто аналогічний спір щодо дійсності положення спадкового трасту, яке обмежує право спадкоємця на отримання майна у спадщину обов'язком одружитися на особі певної національності або віросповідання. Наприклад, на підставі колізійної норми суд встановив, що належним правом є право американського штату Нью-Йорк. Оскільки вказане право включає у себе і судові прецеденти, український суддя мав би скористатися висновками, викладеними в аналогічних справах, зокрема, й у наведеній справі *re Silverstein's Will (1956 р.)*. Однак наслідки застосування такого судового прецеденту, на нашу думку, суперечили б публічному порядку України, оскільки вони порушували б основоположні конституційні принципи свободи віросповідання та неприпустимості втручання в особисте життя. За таких обставин суд був би зобов'язаний відмовити у застосуванні іноземного права (у частині визнання законним встановленого спадковим трастом обмеження) з посиланням на ст. 12 Закону України «Про МПП». При цьому, ми вважаємо, що суд міг би застосувати положення іноземного закону у тій частині, в якій він не суперечить публічному порядку України, тобто визнати дійсність самого спадкового трасту та прав бенефіціарія на отримання у спадщину трастового майна.

До речі, варто розмежовувати два випадки: 1) коли іноземне право, яке підлягає застосуванню, містить положення, наслідки застосування якого суперечать публічному порядку України (наприклад, дозволяє вказані вище обмеження у заповітах) та 2) коли іноземне право не дозволяє таких обмежень (наприклад, Звід правил про довірчу власність (*Restatements of the Law of Trusts*), який діє у більшості, але не в усіх штатах Америки, містить норму, відповідно до якої «траст, умови або положення трасту зазвичай визнаються недійсними, якщо вони підривають відносини у сім'ї, перешкоджають створенню або поновленню таких відносин... Умови трасту також визнаються недійсними, якщо вони заважають або забороняють вільній реалізації права бенефіціарія на отримання розлучення або на одруження шляхом обмеження вибору бенефіціарієм собі пари»).



Юридичні наслідки у вказаних випадках різні. У першому випадку український суд має відмовити у застосуванні норми іноземного права на підставі ст. 12 Закону України «Про МПП» та застосовувати право, яке має найбільш тісний зв'язок зі справою, а якщо таке право визначити чи застосувати неможливо, то право України.

У другому ж випадку суд може та повинен застосувати право, до якого відіслала колізійна норма, та вирішити справу відповідно до нього. Зокрема, встановивши, що умови трасту суперечать положенням іноземного закону, український суд має визнати їх недійсними.

Нижче наведена ще одна справа, яка може становити інтерес у контексті вирішення питання щодо відповідності наслідків застосування судом положень іноземного законодавства публічному порядку України.

У даній справі<sup>357</sup> батько передав усе належне йому майно у спадковий траст для управління ним в інтересах його п'яти дітей. Він залишив по 50 000 доларів США кожній зі своїх трьох дочок, а усе інше майно розподілив між двома іншими дітьми. Окрім того, батько поставив умову, що, якщо будь-яка з його трьох дочок осперить дійсність трасту, передані їм гроші мають бути повернуті. Доньки звернулися до суду, щоб визначити, чи не суперечить публічному порядку вказана вище умова (*no-contest clause*<sup>358</sup>). В обґрунтування своєї позиції вони вказали, що така умова є каральною та такою, що суперечить публічному порядку, оскільки вона позбавляє частину бенефіціаріїв права на оспорування умов трасту. Апеляційний суд Каліфорнії з твердженнями позивачів не погодився, зазначивши, що «спадкодавець має право передбачити будь-які законні умови для передачі майна у спадщину. Бенефіціарії у спадковому трасті мають права на спадкове майно лише на умовах, визначених спадкодавцем...». Суд також додав, що «зважаючи на зміст правосуддя, зміна таких умов не відноситься до функцій суду... Дійсний заповіт або траст може містити умови, які сторонньому спостерігачу можуть видаватися несправедливими. Ми можемо вважати несправедливим, коли спадкодавець не залишає нічого своїй слухняній дитині, натомість передає значну частку свого майна іншій дитині, яка цього не гідна,

<sup>357</sup> Trust's no-contest clause doesn't violate public policy, California Court of Appeals says // Lawyers USA. 20.11.2006 // [http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary\\_0286-26925279\\_1TM](http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-26925279_1TM).

<sup>358</sup> Заборона оспарювати дійсність всього заповіту або його частини (*no-contest clause*) відома у країнах загального права протягом багатьох віків та пояснюється небажанням спадкодавця, щоб через звернення до суду майно перейшло до інших осіб або було розподілено іншим чином, аніж він сказав у своєму заповіті. У 2000-х роках було порушено питання, чи не суперечить *no-contest clause* публічному порядку, оскільки воно по суті позбавляє права на судовий захист свого майнового інтересу // Hayton D. A Review of Current Trust Law Issues. P. 1 // [www.caribbeancourtofjustice.org/speeches/hayton/Review OfCurrentTrustLaw.pdf](http://www.caribbeancourtofjustice.org/speeches/hayton/Review%20Of%20Current%20Trust%20Law.pdf).

але спадкоємець має право це зробити, і ми небезпечно відступимося від справжньої ролі суду, якщо змінимо такі умови відповідно до нашого розуміння справедливості». Отже, Каліфорнійський суд на підставі власного законодавства дійшов висновку, що викладене вище положення заповіту є законним.

Розглянемо гіпотетичний випадок, коли аналогічна справа є предметом розгляду українського суду, який має вирішити її відповідно до законодавства штату Каліфорнія. Як встановлено вище, законодавство вказаного штату та його судова практика допускають обмеження права на оскарження умов трасту, тобто *no-contest clause* визнається законною. Отже, український суд також має визнавати її дійсність. Однак, внаслідок визнання законності такого положення, частина бенефіціаріїв буде обмежена у праві на звернення до суду за захистом своїх прав та законних інтересів, що, на нашу думку, суперечитиме публічному порядку України, оскільки ст. 55 та 121 Конституції України встановлено, що права та свободи людини і громадянина захищаються судом, юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Крім того, згідно зі ст. 3 ЦПК України відмова від права на звернення до суду є недійсною.

У такому випадку ми вважаємо, що суд має відмовити у застосуванні іноземного права, оскільки наслідки такого застосування є несумісними із публічним порядком України, у нашій державі право на звернення до суду є абсолютним та не може бути скасовано у приватному порядку, зокрема, і умовами заповіту.

Таким чином, у кожному конкретному випадку суд повинен вирішувати, чи суперечитимуть публічному порядку наслідки застосування норми іноземного права, чи ні. І якщо суддя дійде висновку, що наслідки застосування норми іноземного права, яка регулює довірчі відносини, відповідають публічному правопорядку України, він зобов'язаний буде застосувати іноземне право так, як би це зробив іноземний суддя.

Друга складова публічного порядку (у широкому значенні цього слова) – **імперативні норми** національного права, які в силу своїх особливих властивостей є обов'язковими для застосування, незважаючи на норми іноземного права, до якого відіслала колізійна норма. Наразі йдеться про так звані «надімперативні» норми<sup>359</sup>, під якими розуміють

<sup>359</sup> Серед науковців немає єдиного загальновизнаного терміна для позначення «надімперативних» норм. Зустрічаються, зокрема, такі: «імперативні норми у міжнародному приватному праві», «норми безпосереднього застосування», «імперативні норми екстериторіальної дії», «пріоритетні норми», «абсолютні» тощо.

особливу групу імперативних норм національного законодавства, які не можуть бути виключені як за домовленістю сторін, так і за допомогою колізійного регулювання<sup>360</sup>. Як зазначає І. В. Дроб'язкіна, такі норми є надімперативними або внаслідок прямої вказівки на це у тексті конкретної норми на її особливу територіальну або суб'єктивну сферу дії, або внаслідок її тлумачення<sup>361</sup>. Свого часу на їх особливому або привілейованому характері наголошував Л. А. Лунц, вказуючи, що «такого роду норми «сильніші» імперативних норм у звичайному значенні цього слова»<sup>362</sup>.

Однак на даний час залишається відкритим питання щодо співвідношення «надімперативних» норм із «імперативними» нормами, що існують у цивільному праві на протигагу нормам диспозитивним. Як зазначає В. П. Звєков, «началам міжнародного співробітництва суперечило б тлумачення будь-якої імперативної норми приватного права як такої, що обмежує дію колізійної норми «свого права»<sup>363</sup>. Такий підхід практично б унеможлиблював застосування іноземного права.

Разом з тим, перелічити усі імперативні норми кожної держави неможливо, навіть визначити їх примірний перелік видається досить складно. Як правило, такі норми мають особливе значення для суспільних відносин відповідної держави, для її національних, державних або публічно-правових інтересів та стосуються захисту справ споживачів, законодавства у сфері обігу цінних паперів та цивільного обороту нерухомості тощо<sup>364</sup>. Часто вони ніби перебувають на межі приватного і публічного права.

Що стосується довірчих відносин, то примірний перелік імперативних норм, від яких сторони не можуть відступити, вміщені у ст. 15 Конвенції про трасти. Точніше, вказана стаття Конвенції безпосередньо не містить імперативних норм, а лише вказує категорію таких норм у праві країни суду.

Зокрема, такі норми можуть стосуватися: захисту неповнолітніх та недієздатних сторін; особистих та майнових наслідків вступу в шлюб; права на спадкування за заповітом або без заповіту, особливо невідчужуваних долей подружжя та родичів; передачі права власнос-

<sup>360</sup> Новикова О. В. Імперативные нормы в международном частном праве // Государство и право. – 2006. – № 8. – С. 81.

<sup>361</sup> Дробязкина И. В. Вказана праця. – С. 101.

<sup>362</sup> Лунц Л. А. Вказана праця. – С. 288.

<sup>363</sup> Звєков В. П. Вказана праця. – С. 203.

<sup>364</sup> Новикова О. В. Вказана праця. – С. 82–83.

ті та заставного права на майно; захисту кредиторів в справах про неплатоспроможність; захист, у інших відношеннях, третіх сторін, які діють добросовісно.

Дж. Глассон та Г. Томас у своїй роботі, присвяченій міжнародним трастам<sup>365</sup>, наводять такі приклади, коли суд застосовував власні імперативні норми на протигагу нормам іноземного права. У справі *Black v. Yates (1992 p.)* англійський суд дійшов висновку про неможливість відступу від положень англійського закону про неповнолітніх. В іншій справі *Holzberg v. Sasson (1986 p.)* Касаційний суд Франції встановив, що, якщо після смерті установника трасту, трастове майно буде виявлено у країні цивільного права, то суд має задовольнити вимоги спадкоємця, який відповідно до закону спадкування (*lex successionis*) має обов'язкове право на спадщину, на отримання частки майна, переданого у траст<sup>366</sup>. До аналогічних висновків прийшов і Верховний суд Швейцарії у справі *J-M C v. L'arret (1998 p.)*.

У справі *Delorne v. Mallinson (1927 p.)*<sup>367</sup> англієць, що проживав у Франції, на підставі заповіту передав своє майно, у тому числі й землі, що знаходилися у Франції, у довірчу власність своєму брату та племіннику для управління ним в інтересах його неповнолітньої онучки, громадянки Франції. Він також встановив, що на випадок її смерті незаміжною все майно, що перебуває в управлінні, має бути розподілено між його племінником та племінницями. Відповідно до французьких законів щодо обов'язкової частки у спадщині спадкоємець, тобто онучка, має право на половину майна, що належить спадкодавцю, тому останній має право розпоряджатися лише іншою половиною майна. Тому суд Руана (Франція) дійшов висновку, що положення, які містилися у заповіті, обмежують права онуки та суперечать французьким законам. З цих підстав суд постановив передати онуці право власності на половину майна спадкодавця, інша ж половина майна мала перейти в управління довірчих власників відповідно до умов заповіту. Таким чином, траст, створений за спадковими законами Англії, був визнаний французьким судом частково недійсним, однак цілі, які ставив спадкодавець, були максимально досягнуті.

Утім, серед судових справ можна віднайти і такі випадки, коли суд відмовляв у застосуванні імперативних норм іноземного права, які

<sup>365</sup> Glasson J., Thomas G.. The International Trust. Edition: 2, Jordans, 2006. – P. 171.

<sup>366</sup> Проте варто вказати, що якщо установник трасту, який доміцільований та постійно проживає у країні, яка не визнає існування трасту, за життя передасть майно, що знаходиться в Англії, у довірчу власність (*inter vivos trust*), то траст буде забезпечений від претензій спадкоємців відповідно до іноземного закону спадкування (*lex successionis*) протягом того часу, поки майно перебуватиме в Англії або іншій країні загального права. Підтвердженням цього може бути вже згадувана у розділі, присвяченому колізійному регулюванню довірчих відносин, справа Jane N. Renard (1981 p.).

<sup>367</sup> Hendrickson R. A., Silverman N. R. Changing the Situs of a Trust. Law Journal Press, 1982. – P. 224–225 § 11.0411–6.

визначають обов'язкову частку у спадщині. Зокрема, у справі *Mas Calmont (1905 p.)*<sup>368</sup> спадкодавець помер в Англії, будучи domici-льованим у цій країні. Відповідно до заповіту він передав у довірчу власність частину земель, що знаходяться у Франції. Цивільний суд у Ніцці (Франція) підтвердив дійсність трасту, незважаючи на заперечення спадкоємців, які мали обов'язкову частку у померлого відпо-відно до англійського закону. Рішення суду ґрунтувалося на тому, що при визначенні права, що підлягає застосуванню до спадкових від-носин щодо майна, яке знаходиться на території Франції, положення закону місця проживання спадкодавця може ігноруватися. Суд також дійшов висновку про те, що за даних обставин справи бенефіціарій є власником французьких земель.

Вказані вище справи наочно ілюструють застосування суда-ми власних «надімперативних» норм, які стосуються визначення обов'язкової частки у спадщині, захисту прав неповнолітніх тощо, незалежно від положень іноземного законодавства, яке мало б засто-совуватися відповідно до колізійних норм країни суду.

Окремо варто звернути увагу і на положення ст. 16 Конвенції про трасти, яка вказує, що Конвенція не перешкоджає застосовуванню тих положень права суду, які повинні застосовуватися однаково до міжна-родних ситуацій, незалежно від норм колізійного права. Йдеться про так звані «міжнародні» імперативні норми, які відомі у країнах кон-тинентального права як *lois de police* або *lois d'application immediate*. Такі норми спрямовані на захист інтересів країни, наприклад, шляхом запобігання експорту готівки чи культурних цінностей або шляхом за-борони експорту зброї чи технічного обладнання до певних країн.

Наприклад, у справі *Boissevan v. Neil (1950 p.)*<sup>369</sup> англійський суд наголосив, що, незважаючи на положення обраного права, суд пови-нен застосовувати правила, які забороняють британським суб'єктам позичати гроші в іноземній валюті.

Таким чином, випадки застосування імперативних норм країни суду при регулюванні довірчих відносин непоодинокі. Звернімося тепер до права України. Безумовно, у законодавстві України можна віднайти цілий ряд «надімперативних» норм, у тому числі і тих, які, на нашу думку, можуть застосовуватися до регулювання довірчих від-носин з іноземним елементом безвідносно до обраного судом права.

Нижче ми розглянемо лише окремі норми українського права, які, на нашу думку, можуть бути віднесені до «надімперативних», зважа-

<sup>368</sup> Hendrickson R. A., Silverman N. R. Вказана праця. – Р. 224–225 § 11.04 11–6.

<sup>369</sup> Glasson J., Thomas G. Вказана праця. – Р. 173.

ючи на їх важливість для захисту державних та національних інтересів, а також прав та свобод громадян України.

Оскільки об'єктом довірчих відносин є майно (рухоме або нерухоме), то, на нашу думку, особливе значення мають ті «надімперативні» норми українського законодавства, які встановлюють обов'язкові вимоги до порядку переходу прав на окремі види майна: на нерухомість, у тому числі і земельні ділянки, об'єкти культурної спадщини, цінні папери тощо.

Візьмемо до прикладу ситуацію, коли особа-резидент країни загального права, яка є власником об'єкта культурної спадщини на території України, передає усе належне їй майно, у тому числі і вказаний вище об'єкт, у траст довірчому власнику-резиденту тієї ж країни. Думається, що у разі розгляду даної справи в українському суді, останній, незважаючи на положення іноземного закону, повинен буде обов'язково застосувати норми права України, які визначають порядок передачі прав на об'єкти культурної спадщини (ч. 2 ст. 325 ЦК України, ст. 18 Закону України «Про охорону культурної спадщини» від 08.06.2000 р. № 1805-III<sup>370</sup>, п. «б» Спеціального порядку набуття права власності громадянами на окремі види майна, затвердженого Постановою Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17.06.1992 р. № 2471-XII<sup>371</sup>). Вказані норми передбачають обов'язкове погодження/отримання дозволу відповідного органу охорони культурної спадщини на передачу/придбання права власності на об'єкт культурної спадщини.

За даних обставин справи право власності (у розумінні права України) до довірчого власника не перейшло. Однак, на нашу думку, у разі відсутності необхідного погодження/дозволу уповноваженого органу на передачу у траст об'єкта культурної спадщини, що перебуває на території України, суд України може застосувати вказані вище норми (як «надімперативні») та визнати положення трастового договору у частині передачі прав на вказаний об'єкт недійсними.

Іншим прикладом «надімперативних» норм, на думку дослідників<sup>372</sup>, може слугувати ч. 2 ст. 35 Закону України «Про МПП», яка вказує, що вимоги, на які позовна давність не поширюється, визначаються правом України, якщо хоча б один із учасників відповідних відносин є громадянином України або юридичною особою України. Примірний

<sup>370</sup> Закон України «Про охорону культурної спадщини» від 08.06.2000 р. № 1805-III // Відомості Верховної Ради України від 29.09.2000–2000 р., № 39, ст. 333.

<sup>371</sup> Постанова Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17.06.1992 р. № 2471-XII // Відомості Верховної Ради України від 01.09.1992–1992 р., № 35, ст. 517.

<sup>372</sup> Васильченко В. В. Вказана праця. – С. 45.

перелік таких випадків передбачено ст. 268 ЦК України. Оскільки вказані норми спрямовані на максимальний захист особи свого цивільного права або інтересу, ми погоджуємося з таким підходом та вважаємо, що, якщо судом на підставі його колізійних норм буде визначено право, яке підлягає застосуванню до довірчих відносин з іноземним елементом, що містить строки позовної давності на вимоги, на які позовна давність за законодавством України не поширюється, суд України повинен буде застосувати ч. 2 ст. 35 Закону України «Про МПП» та ст. 268 ЦК України як «надімперативні» норми України.

Так само, на нашу думку, «надімперативним» характером наділена норма, що встановлює нікчемність правочину, яким скасовується чи обмежується відповідальність за умисне порушення зобов'язання (ч. 3 ст. 614 ЦК України). У межах нашого дослідження актуальним є аналіз такої ситуації, коли згідно з умовами документа про створення трасту довірчий власник повністю або у певній частині звільняється від відповідальності за порушення власних зобов'язань, що допускається законодавством окремих країн.

Наприклад, ст. 72–34–515 Кодексу штату Монтана (США)<sup>373</sup> звільняє довірчого власника від відповідальності за порушення умов трасту (*breach of trust*) у разі відмови бенефіціарія від свого права або підписання ним договору, який звільняє довірчого власника від відповідальності за таке порушення (крім випадків, коли така відмова від права або договір були вчинені недієздатним бенефіціарієм або коли він не знав усіх обставин справи тощо).

У разі розгляду в українському суді положень документа про створення трасту, яким була скасована відповідальність довірчого власника, на нашу думку, застосовуватиметься ч. 3 ст. 614 ЦК України, яка, в силу своєї особливої значимості, визначатиме нікчемним відповідне положення вказаного документа незалежно від положень іноземного права.

Отже, при вирішенні кожної справи суд повинен окремо обґрунтувати, чому він вважає конкретну норму національного законодавства «надімперативною». Особливо це важливо при розгляді справ, що виникають з довірчих відносин з іноземним елементом, оскільки до їх регулювання скоріше за все повинно буде застосовуватися саме іноземне право. У такому випадку перед судом України постане непросте завдання довести, що до регулювання певних аспектів відносин, загалом непритаманних праву України, поряд або навіть замість іно-

<sup>373</sup> Montana Code Annotated 2007 // [http://data.opi.mt.gov/bills/mca\\_toc/index.htm](http://data.opi.mt.gov/bills/mca_toc/index.htm).



земного права, до якого відіслала колізійна норма, має застосовуватися конкретна національна норма права.

Відсутність такого обґрунтування у судовому рішенні, на нашу думку, може призвести до його оскарження в апеляційному порядку з підстав неправильного застосування норм матеріального та процесуального права (ст. 309 ЦПК України, ст. 104 ГПК України). Одна зі сторін може вбачати порушенням норм матеріального права у застосуванні закону, який не поширюється на ці правовідносини, або незастосуванні закону, який підлягав застосуванню. Порушенням же норм процесуального права буде недотримання судом такої вимоги, яка пред'являється до судових рішень, як обґрунтованість.

При цьому, варто підкреслити, що наявність чи відсутність належного обґрунтування «надімперативного» характеру тієї чи іншої норми національного законодавства у судовому рішенні жодним чином не впливає на саму правову природу відповідної норми права. Іншими словами, норма є «надімперативною» незалежно від того, вказано про це у судовому рішенні чи ні. Вона матиме такий же особливий статус і при вирішенні інших спорів, як тих, що виникають із довірчих, так із інших відносин, ускладнених іноземним елементом.

Перелік зазначених «надімперативних» норм, що існують у праві України та можуть застосовуватися до регулювання довірчих відносин, є не лише не вичерпним, але і далеко не повним. Проте навіть вказані вище приклади підтверджують існування таких норм в українському законодавстві та їх особливе значення, яке вони відіграють при регулюванні відносин, у тому числі і довірчих.

Таким чином, неможливо наперед встановити вичерпний перелік випадків, коли застосування судом норм іноземного права, до якого відіслала національна колізійна норма, унеможливлено або обмежено. У кожному конкретному випадку суду доведеться обґрунтовувати, чому він вважає за неможливе застосувати певну норму іноземного права, що на практиці досить складно зробити. У випадках, що стосуються довірчих відносин, суд повинен буде обґрунтовувати відповідність або невідповідність публічному порядку України тієї чи іншої конструкції, яка нехарактерна або навіть з першого погляду неприйнятна в Україні. А визначивши, що певний інститут відповідає національному публічному порядку, встановити, чи не повинні бути застосовані якісь норми українського законодавства, що мають пріоритет над нормами іноземного права, і в чому такий пріоритет проявляється.

# ВИСНОВКИ

У результаті дослідження, виконаного на основі аналізу міжнародно-правових актів, чинного законодавства та судової практики України й інших країн, теоретичного осмислення вітчизняної та зарубіжної наукової доктрини, автор дійшов наступних висновків, пов'язаних із правовою природою та особливостями правового регулювання довірчих правовідносин з іноземним елементом, а саме:

1. Залежно від ступеня довіри серед цивільних правовідносин можна виділити групу фідуціарних правовідносин, які мають чітко виражений фідуціарний характер. Такі відносини виникають за наявності «надлишкової» довіри – такого ступеня довіри, коли одна особа може надати іншій особі повноваження на вчинення фактичних та юридичних дій без конкретизації їх змісту за відсутності можливості повного контролю за їх реалізацією або за інших умов, коли така особа свідомо ставить себе у залежність від іншої особи.

2. За своєю правовою природою фідуціарні правовідносини неоднорідні та поділяються на довірчі правовідносини в юридичному значенні (власне довірчі правовідносини) та правовідносини, які мають фідуціарний характер. З цього випливає, що поняття «довірчі» та «фідуціарні» правовідносини не є тотожними та співвідносяться як частина та ціле.

3. Довірчі правовідносини можна визначити як правовідносини, які ґрунтуються на особливій довірі власника майна (довірителя) до довірчого власника/управителя, що виникають при передачі майна довірителем у власність або в управління довірчому власнику/управителю з метою управління цим майном в інтересах вказаної власником особи (бенефіціарія або вигодонабувача) або для досягнення певної мети.

4. Довірчі правовідносини можуть реалізовуватися у різноманітних довірчих конструкціях, що існують у законодавстві різних країн. Частина з них передбачає перехід права власності на майно та появу так званої «розщепленої» власності (траст), а частина довірчих конструкцій переходу права власності на майно не передбачає (довірче управління майном та його аналоги (пара-трастові або трастоподібні конструкції)).

5. Уведена в законодавство України конструкція довірчої власності є принципово відмінною від інституту трасту, що існує в кра-

інах загального права, оскільки не передбачає «розщеплення» права власності.

6. Різновидом довірчих правовідносин є довірчі правовідносини з іноземним елементом, тобто приватноправові відносини, що ґрунтуються на особливій довірі власника майна (довірителя) до довірчого власника/управителя та пов'язані із передачею майна однією особою іншій в управління або у власність, для управління ним в інтересах третьої особи або для досягнення певної мети, що характеризуються наявністю іноземного елемента, який вказує на зв'язок суб'єктів, та/або об'єктів таких правовідносин, та/або юридичних фактів, які є підставою їх виникнення, зміни та припинення, із правопорядками кількох країн.

7. Суб'єктами довірчих правовідносин з іноземним елементом є довіритель, довірчий власник та бенефіціарій. Для підпорядкування довірчих правовідносин правопорядку кількох країн достатньо, щоб хоча б один із вказаних суб'єктів був нерезидентом. Протектор – особа, яка за бажанням довірителя може призначатися для контролю за діяльністю довірчого власника/управителя, – не є суб'єктом довірчих правовідносин, тому його резидентність не впливає на віднесення довірчих правовідносин до міжнародних.

8. Об'єктом довірчих правовідносин з іноземним елементом є відокремлене індивідуально визначене майно (або майнові права), що знаходиться за кордоном, передане його власником або іншою особою, уповноваженою на це законом, у власність або в управління іншій особі для управління ним.

9. Підставами виникнення, зміни та припинення довірчих правовідносин з іноземним елементом є життєві обставини, що мали місце на території іншої країни, у вигляді правомірних або неправомірних дій та подій, з якими закон, документ про створення трасту або договір довірчого управління пов'язує виникнення, зміну або припинення таких правовідносин.

10. Формами існування довірчих правовідносин з іноземним елементом є, зокрема, багатоюрисдикційний траст та його різновид – міжнародний траст. Багатоюрисдикційним визнається траст, суб'єктами якого є резиденти різних країн або до якого передано майно, що знаходиться за кордоном, чи підставами виникнення зміни або припинення якого були юридичні факти, що мали місце за кордоном. Міжнародним є траст, створений відповідно до законодавства конкретної країни, до якого установником-нерезидентом передано май-

но, що знаходиться за кордоном, довірчим власникам, хоча б один з яких є резидентом відповідної країни, для управління ним в інтересах бенефіціаріїв-нерезидентів.

11. Джерела права, що застосовуються до довірчих правовідносин з іноземним елементом, поділяються на міжнародні та внутрішньо національні. До першої групи відносяться: міжнародні договори, судові прецеденти, а також загальні принципи права, визнані міжнародною спільнотою. До другої групи належать внутрішнє законодавство та судові прецеденти окремих країн. Звичай, як національні, так і міжнародні, відіграють допоміжну роль при регулюванні довірчих правовідносин, оскільки у разі їх виникнення з часом вони або санкціонуються певною державою у національному законодавстві, або використовуються судом при вирішенні конкретної справи, чим формулюють судовий прецедент.

12. Основне значення для регулювання довірчих правовідносин іноземним елементом має Гаазька Конвенція про право, що застосовується до трастів та їх визнання 1985 р. Крім того, уніфіковані правила визначення підсудності спорів, що виникають, зокрема, із довірчих правовідносин з іноземним елементом, встановлюються Регламентом Брюссель I та Конвенцією Лугано про міжнародну підсудність та визнання і виконання рішень з цивільних і торговельних справ 1988 р. Оскільки в Україні практично відсутнє власне законодавство у сфері довірчих відносин, ратифікація Україною Гаазької Конвенції про трасти та Конвенції Лугано може мати позитивний вплив на поширення довірчих правовідносин в Україні та дозволить більш повно та ефективно використовувати резидентами України довірчих конструкцій, що існують в інших державах.

13. У частині регулювання довірчих правовідносин з іноземним елементом національне законодавство різних країн формувалося історично, а тому значною мірою відрізняється залежно від країни та правової сім'ї. У країнах, правові системи яких базуються на положеннях англійського законодавства, прийняті спеціальні закони, що регулюють порядок створення та діяльність трастів, у тому числі і багатюрисдикційних та міжнародних. В інших країнах відсутнє або практично відсутнє спеціальне законодавство, що має застосовуватися до довірчих правовідносин з іноземним елементом, тому вибір права, яке має застосовуватися до їх регулювання, визначається на підставі загальних положень законів про міжнародне приватне право.

14. Судові прецеденти відіграють особливу роль у регулюванні довірчих правовідносин з іноземним елементом у країнах загального права, оскільки містять норми права, що визначають порядок створення та існування трасту, права, обов'язки суб'єктів таких правовідносин, підстави притягнення до відповідальності довірчого власника та звільнення від неї тощо. Протягом останнього часу набувають поширення судові прецеденти, сформульовані міжнародними судовими установами, зокрема і Європейським Судом з прав людини, за результатами вирішення спорів, що виникають з довірчих правовідносин. У країнах континентального права судові прецеденти не визнаються джерелом права, проте вони, а також судова практика цих країн може та має враховуватися судами при вирішенні спорів, що виникають з таких відносин. З цих підстав доцільним є запровадження збірників судової практики за категоріями справ, які б включали і спори, що виникають з довірчих правовідносин.

15. Важливе значення для регулювання довірчих правовідносин з іноземним елементом мають загальні принципи права, визнані світовим співтовариством як основоположні засади регулювання правовідносин, а саме: принципи добросовісності, розумності (зокрема, правило розсудливої людини та правило розсудливого інвестора), заборони зловживання правом та відповідальності. У країнах загального права поширеним є вирішення спору, що виник з довірчих правовідносин, на підставі вказаних принципів, що дозволяє захистити порушені права суб'єкта таких правовідносин за відсутності їх нормативного або договірної регулювання.

16. Враховуючи міжнародний характер довірчих правовідносин з іноземним елементом, їх безпосередньому регулюванню передуює вибір компетентного правопорядку, що здійснюється за допомогою колізійних норм.

17. Статут (*lex causae*) довірчих правовідносин з іноземним елементом становить сукупність правових норм, визначених, як правило, виходячи із принципу автономії волі або найбільш тісного зв'язку, що регулюють їх «сутність», тобто права та обов'язки учасників таких правовідносин, підстави виникнення, зміни та припинення тощо. Як правило, статут довірчих правовідносин підпорядкований одному правопорядку, а спеціальні питання таких правовідносин (питання дієздатності суб'єктів таких правовідносин, правового режиму майна тощо) – іншому правопорядку.

18. В основу колізійного регулювання довірчих правовідносин з іноземним елементом Конвенцією про трасти та численною судовою практикою покладено автономію волі та принцип найбільш тісного зв'язку з відповідним правовідношенням.

19. Вибір права, яке має застосовуватися до довірчих правовідносин з іноземним елементом, повинен бути прямо виражений (міститися у документі про створення трасту чи договорі довірчого управління майном або скласти окрему угоду) або явно впливати зі змісту відповідного документа. При цьому, автономія волі сторін не є абсолютною та може бути обмежена дією імперативних норм країни суду та застереженням про публічний порядок. Крім того, вибір права може бути обмежений застереженням про те, що обране право має визнавати траст (або іншу трастоподібну конструкцію). В іншому випадку вибір права може бути визнано судом недійсним.

20. За відсутності вибору сторін про право або у разі визнання його судом недійсним компетентний правопорядок має визначатися, виходячи із принципу найбільш тісного зв'язку. При визначенні права, що має найбільш тісний зв'язок з конкретним довірчим правовідношенням, необхідно враховувати у всій сукупності наступні фактори: місце управління, визначене довірителем; місцезнаходження майна, переданого в управління; місцезнаходження довірчого власника/управителя або місце здійснення ним комерційної діяльності; цілі трасту (цілі передачі майна в управління) та місце, де вони мають бути досягнуті. Однак, іноді вказаних факторів не достатньо для визначення компетентного правопорядку, тому окрім них у кожному конкретному випадку мають враховуватися й інші обставини залежно від конкретного виду довірчих правовідносин.

21. Для вирішення спеціальних питань, що стосуються довірчих правовідносин з іноземним елементом, певне значення мають особистий закон фізичної особи, особистий закон юридичної особи, закон місцезнаходження майна, закон місця вчинення акту тощо. Значення кожної колізійної прив'язки залежить від виду довірчих правовідносин та обставин конкретної справи.

22. Оскільки у різних країнах трастоподібні конструкції значною мірою відрізняються, а в ряді країн вони (чи окремі з них) взагалі невідомі або не визнаються чинним законодавством, до моменту визначення компетентного правопорядку суд повинен кваліфікувати поняття трасту (або іншої довірчої конструкції, що є предметом його

розгляду). При здійсненні такої кваліфікації першочергове значення відіграє спрямованість намірів довірителя – його бажання або небажання передавати належне йому майно у власність довірчому власнику/управителю, а також цілі такої передачі. При цьому кваліфікація здійснюється судом переважно за правом країни суду, якщо інше не встановлено законом, або згідно з *lex causae* – у тому випадку, коли праву країни суду поняття, яке потребує кваліфікації, невідоме або відоме з іншим змістом.

23. Кваліфікація довірчих конструкцій за правом України є можливою у тому випадку, коли у вітчизняному праві існує аналог конструкції, яка кваліфікується (наприклад, інститут довірчого управління майном, договір комісії, доручення тощо). У разі здійснення такої кваліфікації суд обов'язково повинен вказати норми національного та іноземного права, на підставі яких він дійшов висновку про можливість кваліфікувати іноземне поняття або інститут згідно з правом України. У випадку відсутності поняття інституту або конструкції, яку необхідно кваліфікувати (наприклад, класичний англо-американський траст) у праві України, суд має здійснювати кваліфікацію відповідно до іноземного права, а точніше – згідно з *lex causae*.

24. У разі відсилання колізійної норми до іноземного права, яке має застосовуватися до довірчих правовідносин з іноземним елементом, суд до моменту безпосереднього застосування іноземного права повинен встановити його зміст. Обов'язок встановлення змісту права в суду не виникає лише в тому випадку, коли належним правом визнається право країни суду.

25. З метою встановлення змісту іноземного права суд повинен звернутися до Міністерства юстиції України або іншого компетентного органу із відповідним запитом, у якому мають бути максимально чітко сформульовані питання, які стосуються іноземного права у контексті справи, що розглядається судом. Зокрема, рекомендується поставити питання щодо поняття та особливостей трасту (або іншої трастоподібної конструкції, яка становить предмет дослідження суду); щодо суб'єктів досліджуваних правовідносин, їх прав та обов'язків; щодо правового режиму майна, що є об'єктом таких правовідносин, а також титулу, на підставі якого воно належить власнику/управителю тощо.

26. Якщо за результатами визначення компетентного правопорядку правом, яке має регулювати конкретні довірчі правовідносини



з іноземним елементом, було визнано право іноземної країни, суд повинен застосовувати його так, як би це робив іноземний суддя.

27. При вирішенні спорів, що виникають з довірчих відносин, суд може не застосовувати норму іноземного права, до якого відсилає колізійна норма, внаслідок застереження про публічний порядок та дії імперативних норм України.

28. Суд має право відмовити у застосуванні іноземного права лише у тому випадку, коли наслідки такого застосування явно несумісні з публічним порядком України, зокрема, загрожують національній безпеці, порушують основні принципи права, конституційні права та свободи громадян (у тому числі права на свободу віросповідання, на недопущення втручання в особисте життя, на судовий захист тощо). При цьому, суд у кожному конкретному випадку повинен обґрунтувати, в чому полягає ця «явна несумісність», оскільки лише факт відсутності у праві конкретної держави, зокрема України, певної довірчої конструкції (наприклад, трасту) не є підставою для відмови у застосуванні норми іноземного права.

29. Суд також може відмовити у застосуванні іноземного права для регулювання спірних довірчих правовідносин з іноземним елементом, посилаючись на власні «надімперативні» норми, які можуть стосуватися захисту неповнолітніх та недієздатних осіб; особистих та майнових наслідків вступу до шлюбу; переходу прав за заповітом або без заповіту (особливо, що стосується обов'язкової частини у спадщині одного з подружжя або родичів); переходу права власності та захист інтересів власності; захисту кредиторів на випадок неспроможності тощо. Кожен випадок відмови застосування судом норми іноземного права, до якого відсилає національна колізійна норма, суд зобов'язаний належним чином обґрунтувати, оскільки відсутність такого обґрунтування є підставою для оскарження судового рішення в апеляційному порядку з підстав порушення норм матеріального (застосування закону, який не поширюється на спірні правовідносини, або незастосування закону, який підлягав застосуванню) та процесуального права (необґрунтованість рішення).

# СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

## Нормативні акти і судова практика України та інших країн:

1. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254 к/96-ВР // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 30. – ст. 141.
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. // Офіційний вісник України, 2006, № 32 (23.08.2006), ст. 2371.
3. Конвенція, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів від 05.10.1961 р. // Офіційний вісник України, 2003, № 46 (28.11.2003), ст. 2419.
4. Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 1968 // [http://www.jus.uio.no/lm/brussels\\_jurisdiction.and.enforcement.of.judgments.in.civil.and.commercial.matters.convention.1968/doc.html](http://www.jus.uio.no/lm/brussels_jurisdiction.and.enforcement.of.judgments.in.civil.and.commercial.matters.convention.1968/doc.html).
5. Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition // [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.pdf&cid=59](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.pdf&cid=59).
6. Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions // [www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.pdf&cid=40](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.pdf&cid=40).
7. EC EFTA Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Lugano, 16 September 1988 // [www.jus.uio.no/lm/ec.efta.jurisdiction.enforcement.judgements.civil.commercial.matters.lugano.convention.1988/doc.html#157](http://www.jus.uio.no/lm/ec.efta.jurisdiction.enforcement.judgements.civil.commercial.matters.lugano.convention.1988/doc.html#157).
8. Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters // <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:EN:NOT>.
9. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII // Відомості Верховної Ради України від 11.02.1992–1992 р., № 6, ст. 56.
10. Гражданский Кодекс Республики Армения от 17 июня 1998 года // [www.base.spinform.ru/show\\_doc.fwx?regnom=2998&page=1](http://www.base.spinform.ru/show_doc.fwx?regnom=2998&page=1).
11. Гражданский кодекс Республики Беларусь. – Мн.: Право и экономика, Серия «Юридическое обозрение», 2006. – 521 с.
12. Гражданский кодекс Республики Казахстан от 1 июля 1999 г. № 409-І // [base.zakon.kz/doc/lawyer](http://base.zakon.kz/doc/lawyer).
13. Гражданский кодекс Республики Узбекистан от 29.08.1996 г. № 257-І // [fmc.uz/legisl.php?id=k\\_grajd](http://fmc.uz/legisl.php?id=k_grajd).
14. Гражданский кодекс Российской Федерации. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – 448 с.
15. Податковий кодекс від 02.12.2010 № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України від 08.04.2011–2011 р., № 13, № 13–14, № 15–16, № 17/, с. 556, ст. 112.

16. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 № 2947-III // Відомості Верховної Ради України від 31.05.2002–2002 р., № 21, ст. 135.
17. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435 // Відомості Верховної Ради України від 03.10.2003–2003 р., № 40, ст. 356.
18. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України від 08.10.2004–2004 р., № 40, /40–42/, с. 1530, ст. 492.
19. Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 року № 2121-III // Відомості Верховної Ради України, 2001, № 5–6 (09.02.2001), ст. 30.
20. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. № 2789 // Відомості Верховної Ради України, – 2005, № 32, ст. 422.
21. Закон України «Про охорону культурної спадщини» від 08.06.2000 р. № 1805-III // Відомості Верховної Ради України від 29.09.2000–2000 р., № 39, ст. 333.
22. Закон України «Про проведення експерименту у житловому будівництві на базі холдингової компанії «Київміськбуд»» від 20 квітня 2000 року № 1674-III // Відомості Верховної Ради України, 2000, № 30 (28.07.2000), ст. 237.
23. Закон України «Про приєднання України до Конвенції, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів» від 10.01.2002 р. № 2933-III // Відомості Верховної Ради України, 2002, № 23 (07.06.2002), ст. 163.
24. Закон України «Про судову експертизу» від 25.02.1994 р. № 4038-XII // Відомості Верховної Ради України від 12.07.1994, № 28, ст. 232.
25. Закон України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19 червня 2003 року № 978-IV // Відомості Верховної Ради України, 2003, № 52 (26.12.2003), ст. 377.
26. Декрет Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19 лютого 1993 року № 15–93 // Відомості Верховної Ради України, 1993, № 17 (27.04.93), ст. 184.
27. Barbados International Trust Act, 1995 // [http://www.sice.org/Investment/NatLeg/Bar/Trusts\\_act.pdf](http://www.sice.org/Investment/NatLeg/Bar/Trusts_act.pdf).
28. Canada Conflict Of Laws Rules For Trusts Act, Chapter 65, 1995 // [www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/c/96065\\_01.htm](http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/c/96065_01.htm).
29. Montana Code Annotated 2007 // [http://data.opi.mt.gov/bills/mca\\_toc/index.htm](http://data.opi.mt.gov/bills/mca_toc/index.htm).
30. Recognition of Trusts Act 1987 (Overseas Territories) Order 1989 // [www.opsi.gov.uk/si/si1989/Uksi\\_19890673\\_en\\_1.htm](http://www.opsi.gov.uk/si/si1989/Uksi_19890673_en_1.htm).
31. Saint Lucia International Trust Act No 2 of 2002 // [www.pinnaclestlucia.com/legislation/trust\\_act.htm](http://www.pinnaclestlucia.com/legislation/trust_act.htm).
32. Seychelles International Trust Act, 1994 (Act 26 of 1994) // <http://alteroffshore.com/International.Trusts/>.
33. The International Trust Law of Republic of Cyprus, 1992 // <http://www.fbscopyprus.com/assets/mainmenu/133/editor/THE%20INTERNATIONAL%20TRUSTS%20LAW%20OF%201992.pdf>.

34. The special Trusts (Alternative Regime) Law of Cayman Islands, 1997 (The «STAR Law») // <http://www.gsl.ru/offshore/word/kay/Special%20Trusts.doc>.
35. Ухвала Конституційного Суду України від 24 січня 2007 року № 7-у/2007 у справі № 2–6/2007 // Система інформаційно-правового забезпечення «ЛІГА: ЗАКОН». – К., 2009.
36. Постанова Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17.06.1992 р. № 2471-ХІІ // Відомості Верховної Ради України від 01.09.1992–1992 р., № 35, ст. 517.
37. Постанова Верховної Ради України «Про участь України в Європейській конвенції про інформацію щодо іноземного законодавства 1968 р.» від 14.07.1993 № 3385–12 // Відомості Верховної Ради (ВВР), 1993, № 36, ст. 371.
38. Указ Президента України «Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України» від 30.12.1997 р. № 1396/97 // Офіційний вісник України від 29.01.1998–1998 р., № 2, С. 14, код акту 4591/1998.
39. Наказ Міністерства закордонних справ України, Міністерства освіти і науки України, Міністерства юстиції України «Про затвердження Правил проставлення апостиля на офіційних документах, призначених для використання на території інших держав» від 05.12.2003 р. № 237/803/151/5 // Офіційний вісник України, 2003, № 51 (02.01.2004) (ч. 2), ст. 2708.
40. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» від 30 травня 1997 року № 8 // Вісник Верховного Суду України. – 1997. – № 3.
41. Роз'яснення Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» від 31.05.2002 р. № 04–5/608 // Вісник господарського судочинства. – 2002. – № 3.
42. Роз'яснення Вищого арбітражного суду України «Про деякі питання практики призначення судової експертизи» від 11.11.98 р. № 02–5/424 // Юридиний вісник України, 1998, 12, – № 51.
43. Лист Вищого господарського суду України «Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів» від 01.01.2009 р. // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 2.
44. Постанова Верховного Суду України від 18.03.2002 р. // Система інформаційно-правового забезпечення «ЛІГА: ЗАКОН». – К., 2009.
45. Постанова Вищого Господарського суду України від 13.09.2005 р. у справі № 8/26 // Система інформаційно-правового забезпечення «ЛІГА: ЗАКОН». – К., 2009.
46. Постанова Вищого господарського суду України від 08.08.2006 р. у справі № 02/313 // Система інформаційно-правового забезпечення «ЛІГА: ЗАКОН». – К., 2009.
47. Постанова Вищого Господарського суду України від 20.03.2007 р. № 22/356–06–10794 // Система інформаційно-правового забезпечення «ЛІГА: ЗАКОН». – К., 2009.

48. Постанова Вищого Господарського суду України від 20.03.2007 р. № 22/356–06–10794 // Система інформаційно-правового забезпечення «ЛІГА: ЗАКОН». – К., 2009.

49. Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters//<http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmpl11.pdf>.

### Спеціальна література

50. *Агарков М. М.* Применение советским судом иностранного права // Проблемы социалистического права. – 1938. – № 3. – С. 65–72.

51. *Ануфриева Л. П.* Международное частное право: В 3-х т. Т. 1. – М.: Изд-во БЕК, 2002. – 288 с.

52. *Ануфриева Л. П.* Международное частное право: В 3-х т. Т. 2. – М.: Изд-во БЕК, 2002. – 656 с.

53. *Ануфриева Л. П.* Международное частное право: В 3-х т. Т. 3. – М.: Изд-во БЕК, 2001. – 768 с.

54. *Балдинюк В.* Співвідношення положення про обхід закону та застереження про публічний порядок у міжнародному приватному праві // Підприємство, господарство і права. – 2007. – № 3 (135). – С. 16–18.

55. *Безбах В.* Доверительная собственность // Советская юстиция. – 1992. – № 5. – С. 10–11.

56. *Бейкер Ф.* Закон о трастах Белиза 1992 года // <http://offshoredir.ru/akari-by/beliz-zakon-o-trastah-beliza-1992-goda>.

57. *Беккет П. Р.* Остров Мэн. «Смешанные» компании вместо трастов // <http://offshoredir.ru/evropa/Ostrov-Mjen-%C2%ABSmeshannnye%C2%BB-kompanii-vmesto-trastov>.

58. *Белов В. А.* Добросовестность, разумность, справедливость как принципы гражданского права // Законодательство. – 1998. – № 8. – С. 49–52.

59. *Бендецкий Т.* Международное частное право / Отв. ред. Е. А. Суханов. – М.: Статут, 2005. – 446 с.

60. *Беневоленская З. Э.* Доверительное управление имуществом в сфере предпринимательства. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 288 с.

61. *Беневоленская З. Э.* Правовые формы доверительных отношений в сфере предпринимательства // Правоведение. – 1995. – № 4–5. – С. 32–41.

62. *Беневоленская З. Э.* Фидуциарные обязательства директора компании по английскому праву // Журнал российского права. – 2006. – № 4. – С. 128–133.

63. *Бозуславский М. М.* Международное частное право: Учебн. – М.: Международные отношения, 1994. – 416 с.

64. *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 272 с.

65. *Бойцова В. В., Бойцова Л. В.* Судебный прецедент: зарубежный опыт и российские перспективы // Рос. судья. – 1999. – № 3. – С. 14–17.

66. *Булыгин М. М.* Договор доверительного управления в российском и зарубежном праве. – М.: Закон и право. Юнити, 2006. – 94 с.

67. *Бюллетень конституционного правосудия* // Отв. ред. Х. Яко-мопулос, Ш.Р. Дюрр, С. Кузнецов, П. Гарон, К. Мартэн. – 408 с. // [http://www.venice.coe.int/Files/Bulletin/Special\\_Bulletin\\_Leading\\_Cases\\_ECHR\\_RUS.pdf](http://www.venice.coe.int/Files/Bulletin/Special_Bulletin_Leading_Cases_ECHR_RUS.pdf).
68. *Васильченко А.П.* Понятие и признаки фидуциарных сделок // Актуальные проблемы гражданского права: сб. ст. Вып. 11/Под ред. О.Ю. Шиловоста. – М.: Норма, 2007. – С. 305–328.
69. *Васильченко В.В.* Научно-практический комментарий Закону України «Про міжнародне приватне право». – К.: Істина, 2007. – 200 с.
70. *Венедіктова І.В.* Договір управління майном в Україні. Лекція у 2-х ч. – Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2004. – 50 с.
71. *Венедіктова І.В.* Договір довірчого управління майном в Україні. – Харків: Консум, 2004. – 216 с.
72. *Витрянский В.В.* Договор доверительного управления имуществом. – М.: Статут, 2001. – 191 с.
73. *Виттмер Ж.* Применение трастов в Швейцарии // <http://offshoredir.ru/evropa/Shvejcarija-Primenenie-trastov-v-Shvejcarii>.
74. *Вольф М.* Международное частное право / Под ред. Л.А. Лунца. – М.: Гос. изд-во иностранной литературы, 1948. – 702 с.
75. *Гамбаров Ю.С.* Гражданское право. Общая часть. – М.: Зерцало, 2003. – 816 с.
76. *Генкин А.С.* Эффективный траст: опыт Западной Европы и российская практика. – М.: Издательский Дом «АЛЬПИНА», 1999. – 220 с.
77. *Гірма Г.А.* Система колізійних норм в міжнародному приватному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: КНУ ім. Т. Шевченка, 1998. – 13 с.
78. *Горбунов В.В.* Договор доверительного управления имуществом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2000. – 23 с.
79. Гражданское и торговое право зарубежных государств. В 2-х т. Т. I / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – М.: Междунар. отношения, 2004. – 560 с.
80. Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. К.К. Яичков. – М.: Изд-во «Международные отношения», 1966. – 552 с.
81. Гражданское и торговое право капиталистических стран/Подред. Д.М. Генкина. – М.: Государственное издание юридической литературы, 1949. – 544 с.
82. *Грибанов В.П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2001. – 411 с.
83. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. – М.: Междунар. отношения, 1999. – 400 с.
84. *Джонс Э.* Английское право. – М.: Юр. изд-во Министерства юстиции Союза ССР, 1947. – 378 с.
85. *Дождев Д.В.* Международная модель траста и унитарная концепция права собственности // <http://www.msses.ru/win/faculty/law/dozdev-int-model-trust.rtf>.

86. *Дробязкина И. В.* Особенности рассмотрения гражданских дел с иностранным элементом: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. – Саратов: Саратовская государственная академия права, 2004. – 168 с.
87. *Дювернуа Н. Л.* Чтения по гражданскому праву. В 2-х т. Т. 2: Учение о вещах. Учение о юридической сделке. – М.: Зерцало, 2004. – 568 с.
88. *Емельянов В. И.* Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. – М.: Лекс-Книга, 2002. – 160 с.
89. *Ерпылева Н. Ю.* Международное частное право. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – 559 с.
90. *Ерпылева Н. Ю., Батлер У. Е.* Коллизионные нормы в международном частном праве России и Украины // Государство и право. – 2007. – № 7. – С. 84–91.
91. *Ефимова Л. Г.* Понятие и правовая природа доверительных (трастовых) операций коммерческих банков // Государство и право. – 1995. – № 4. – С. 55–67.
92. *Жданов А. А.* Возникновение и развитие доверительной собственности в Англии и США: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – СПб: Санкт-Петербургский ун-т, 2003. – 28 с.
93. *Задорожна С. М.* Автономія сторін в міжнародному приватному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2006. – 20 с.
94. *Зайцев О. Р.* Доверительное управление имуществом // Актуальные проблемы гражданского права: сб. ст. Вып. 11 / Под ред. О. Ю. Шиловцова. – М.: Норма, 2007. – С. 352–397.
95. *Зайцев О. Р.* Договор доверительного управления паевым инвестиционным фондом. – М.: Статут, 2006. – 507 с.
96. *Звеков В. П.* Коллизии законов в международном частном праве. – М.: Волтер Клувер, 2007. – 416 с.
97. *Зуев А. Е.* Фидуциарные правоотношения: Международная практика и российское право: Вопросы модальности в праве // Правоведение. – 2003. – № 2 (247). – С. 156–169.
98. *Иссад М.* Международное частное право / Под ред. М. М. Богуславского. – М.: Прогресс, 1989. – 400 с.
99. *Кисіль В. І.* Механізми колізійного регулювання в сучасному міжнародному приватному праві: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – К.: КНУ ім. Т. Шевченка, 2001. – 39 с.
100. *Канаишевский В. А.* Внешнеэкономические сделки. Правовое регулирование. – М.: Международные отношения, 2005. – 300 с.
101. *Кисіль В. І.* Міжнародне приватне право: питання кодифікації. – К.: Україна, 2005. – 478 с.
102. *Кисіль В. І.* Право, що застосовується до зовнішньоторговельних договорів: тенденції розвитку законодавчого регулювання // Юридичний журнал. – 2004. – № 2. – С. 19–28.



103. *Ковалев С. И.* Доверительное управление имуществом в зарубежном и российском праве: Дис... канд. юрид. наук. – М.: Университет дружбы народов, 1999. – 166 с.
104. *Кольцов Б. И.* Критика буржуазных теорий по вопросам действия коллизионной нормы в международном частном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М.: Московский государственный институт международных отношений МИД СССР, 1973. – 24 с.;
105. *Кордобовская М.* // [http://www.nalogi.net/obzor\\_prew.htm?categors=0eDs7](http://www.nalogi.net/obzor_prew.htm?categors=0eDs7)
106. *Корецкий В. М.* Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права. – М.: Юр. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. – 395 с.
107. *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение. – М.: Междунар. отношения, 2003. – 480 с.
108. *Красавчиков О. А.* Юридические факты в гражданском праве // Категории науки гражданского права. Избр. труды. В 2-х т. Т. 2. – М.: Статут (Классика российской цивилистики), 2005. – 494 с.
109. *Кросс Р.* Прецедент в английском праве/Под ред. Ф. М. Решетникова. – М.: Юридическая литература, 1985. – 239 с.
110. *Кудашкин В. В.* Коллизионные правоотношения в международном частном праве // Государство и право. – 2006. – № 2. – С. 52–63.
111. *Кудашкин В. В.* Теоретические аспекты института иностранного элемента в правовом отношении // Государство и право. – 2007. – № 9. – С. 3–20.
112. *Кузнецова О. А.* Нормы-принципы российского гражданского права. – М.: Статут, 2006. – 269 с.
113. *Кучин М. В.* Прецедентное право Европейского суда по правам человека. – Екатеринбург: Изд-во Урал. ун-та, 2004. – 481 с.
114. *Ласк Г.* Гражданское право США (право торгового оборота). – М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1961. – 773 с.
115. *Лукашук И. И.* Международное право. Общая часть. – М.: Изд-во БЕК, 2001. – 432 с.
116. *Лукашук И. И.* Нормы международного права в международной нормативной системе. – М.: Спарк, 1997. – 332 с.
117. *Луц Л. А.* Курс международного частного права: В 3-х т. – М.: Спарк, 2002. – 1007 с.
118. *Майданик Р. А.* Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття) // Українське комерційне право. – 2004. – № 5. – С. 37–56.
119. *Майданик Р. А.* Довірчі відносини в системі цивільного права України // Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. – 2002. – № 45. – С. 37–46.
120. *Майданик Р. А.* Институт доверительной собственности в праве Украины: состояние и перспективы // Альманах цивилистики. – К.: Всеукраинская ассоциация издателей «Правова єдність», 2008. – С. 202–222.

121. *Майданик Р. А.* Поняття довірчих правовідносин (цивільно-правова характеристика) // Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. – 2002. – № 46. – С. 111–120.
122. *Майданик Р. А.* Поняття та механізм довірчих правовідносин з іноземним елементом // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 2. – С. 220–224.
123. *Майданик Р. А.* Природа довірчої власності як особливого об'єкта цивільних прав за законодавством України // Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики. Матеріали міжнар. науково-практичної конференції 29–30 квітня 2004 р. у м. Києві. – К., 2004. – С. 372–390.
124. *Майданик Р. А.* Проблеми довірчих відносин у цивільному праві. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2002. – 502 с.
125. *Майданик Р. А.* Траст: собственность и управление капиталами (природа прав, рецепция в право Украины). – К.: Наук. думка, 1995. – 176 с.
126. *Майданик Р. А.* Трастові відносини з іноземним елементом (юридична кваліфікація за українським правом) // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 7. – С. 3–5.
127. *Макаров А. Н.* Основные начала международного частного права. – М., 1924. – 151 с.
128. *Малишев Б. В.* Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: КНУ ім. Т. Шевченка, 2002. – 20 с.
129. *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судейское право. – М.: Проспект, 2008. – 512 с.
130. *Марченко М. Н., Дерябина Е. М.* Право Европейского Союза. Вопросы истории и теории: Учебн. пособие. – М.: Проспект, 2010. – 432 с.
131. *Международное частное право.* 2-е изд. / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с.
132. *Международное частное право* / Отв. ред. И. В. Марышева. – М.: Юридическая фирма «Контракт»; Волтерс Клувер, 2011. – 928 с.
133. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право (в 2-х ч.). – М.: Статут (Классика российской цивилистики), 2003. – 831 с.
134. *Мережко А. А.* Коллизионное право США. – К.: Изд-во Юстиниан, 2003. – 136 с.
135. *Мережко А. А.* Наука международного частного права: история и современность. – К.: Таксон (Ex professo), 2006. – 356 с.
136. *Мережко А. А.* Транснациональное торговое право (lex mercatoria). – К.: Таксон (Modus vivendi), 2002. – 464 с.
137. *Михеева Л. Ю.* Доверительное управление имуществом в гражданском праве России: Дис. ... канд. юрид. наук. – Томск: Томский гос. ун-т, 1998. – 191 с.
138. *Мідзяновська В.* Судовий прецедент: структура, види // Право України. – 2006. – № 6. – С. 119–123.

139. Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. А. Довгерт. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – 352 с.
140. Мозолин В., Жидков В., Кулагин Ю. Гражданское и торговое право капиталистических стран. – М., 1980. – 382 с.
141. Нарышкина Р. Л. Доверительная собственность в гражданском праве Англии и США. – М.: УДН, 1965. – 39 с.
142. Нарышкина Р. Л. Источники гражданского и торгового права буржуазных государств. – М.: Ун-т дружбы народов им. П. Лумумбы, 1965. – 50 с.
143. Новый словник української мови / Укл. Яременко В., Сліпушко О. Т. 1. – К.: Видавництво «Аконіт», 2006. – 926 с.
144. Новикова О. В. Императивные нормы в международном частном праве // Государство и право. – 2006. – № 8. – С. 81–89.
145. Ожегов С. И. Словарь русского языка. – М.: Рус. яз., 1984. – 815 с.
146. Онищенко Г. В. Проблема існування категорії «зловживання правом» // Юридичний журнал. – 2007. – № 2 (56). – С. 30–33.
147. Онищенко Г. В. Характеристика довірчих конструкцій у країнах континентального права // Підприємство, господарство і право. – 2008. – № 7 (151). – С. 65–68.
148. Очерки международного частного права / Под ред. проф. А. Довгерт. – Х.: ООО «Одиссей», 2007. – 816 с.
149. Павленко Д. Принцип добросовісності в договірному праві країн континентальної системи права // Підприємство, господарство і право. – 2007. – № 3 (135). – С. 19–22.
150. Панова Л. В. Цивільно-правове регулювання фінансово-кредитних механізмів та управління майном при будівництві житла // Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики. Матеріали міжн. наук.-практ. конф. – Х.-К.: Академія правових наук України, НДІ приватного права і підприємництва, НДІ інтелектуальної власності, Нац. академія ім. Я. Мудрого, 2004. – 908 с.
151. Пеппер Дж. Практическая энциклопедия международного и финансового планирования. – М.: Инфра, 1998 // [www.russianlaw.com/publications/pepper/06.0/](http://www.russianlaw.com/publications/pepper/06.0/).
152. Перетерский И. С., Крылов С. Б. Международное частное право. 2-е изд. – М.: Госюриздат, 1959. – 227 с.
153. Пиленко А. Очерки по систематике частнаго международного права. – СПб: Типография М. М. Стасюлевича, 1911. – 444 с.
154. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут (Классика российской цивилистики), 2003. – 351 с.
155. Попко В. В. Уніфікація норм міжнародного приватного права в рамках Гаазької Конференції: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: КНУ ім. Т. Шевченка, 2006. – 18 с.
156. Практическое руководство по трасту. Куперс и Лайбрэнд. – М.: ИНФРА-М, 1995. – 196 с.

157. Применение Европейской конвенции о защите прав человека в судах России / Под ред. Буркова А. Л. – Екатеринбург: Изд-во Урал. ун-та, 2006. – 264 с.
158. *Раане Л.* Международное частное право / Под ред. Л. А. Лунца. – М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1960. – 607 с.
159. *Раевич С. И.* Международное частное право / Под ред. Е. Пашуканиса. – М.: Гос. изд-во Советское законодательство, 1934. – 269 с.
160. *Риттер П.* Финансовое планирование по-лихтенштейнски // <http://offshoredir.ru/evropa/Lihtenshtejn-Finansovoe-planirovanie-po-lihtenshtejnski>.
161. *Розенберг М. Г.* Некоторые актуальные вопросы применения иностранного гражданского права российскими судами // Хозяйство и право. – 2003. – № 2. – С. 121–133.
162. *Рубанов А. А.* Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. – М.: Наука, 1984. – 159 с.
163. *Руда Л.* Правоотношения с иностранным элементом. Право, применяемое к внешнеэкономическим договорам. Новеллы Закона «О международном частном праве» // Юридическая практика. № 22 (440), 30 мая 2006. – С. 14–15.
164. *Рясенцев В. А.* Условия и юридические последствия отказа в защите гражданских прав (к ст. 5 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик) // Советская юстиция. – 1962. – № 9. – С. 7–10..
165. *Садилов О. Н.* Коллизионные нормы международного частного права // СЕМП: 1983–1984. – С. 205–220.
166. *Сарбаиш С. В.* Исполнение договорного обязательства. – М.: Статут, 2005. – 636 с.
167. *Скакун О. Ф.* Теория государства и права. – Х.: Консум; Ун-т внутр. дел., 2000. – 704 с.
168. *Скрипкина Т. П.* Взаимодействие как основание межличностных взаимодействий // <http://www.vorpsy.ru/journalsall/issues/1999/995/995021.htm>
169. *Скурко Е. В.* Принципы права в современном нормативном регулировании. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2008. – 200 с.
170. *Слипченко С. А.* Право доверительной собственности. – Х.: Консум, 2000. – 174 с.
171. Словарь по этике / Под ред. И. С. Кона. – М.: Политиздат, 1983. – 445 с.
172. Словник іншомовних слів / Укладач Л. О. Пустовіт та ін. – К.: Довіра, 2000. – 1017 с.
173. *Слюсаревський М. М.* Теоретичні проблеми договірної управління чужим майном в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. -Х.: Нац. юрид. академія ім. Я. Мудрого, 1999. – 20 с.
174. *Степанюк А.* Колізійний метод міжнародного приватного права // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 2 (122). – С. 6–10.
175. *Стефанчук М. О.* Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав. – К.: КИТ, 2008. – 184 с.

176. *Стрельцова О.* Співвідношення понять судового прецеденту та судової практики (теоретичний аспект) // *Право України.* – 2004. – № 10. – С. 136–140.
177. *Суханов Е. А.* Общие положения о праве собственности и других вещных правах // *Хозяйство и право.* – 1995. – № 6. – С. 29–46.
178. *Тернер Л.* Белиз. Бурное развитие оффшорных трастовых услуг // <http://offshoredir.ru/akariby/beliz-burnoe-razvitiie-ofshornyh-trastovyh-uslug>.
179. *Тимохов Ю. А.* Иностранное право в судебной практике. – М.: Волтерс Клуверт, 2004. – 176 с.
180. *Толкачова Н. Є.* Звичаєве право. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський ун-т», 2005. – 367 с.
181. *Толстых В. Л.* Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. – М.: Спарк, 2002. – 244 с.
182. *Толстой Ю. К.* К теории правоотношения. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1959. – 88 с.
183. *Треушников М. К.* Судебные доказательства. 2-е изд., доп. – М.: Изд-во Городец, 1999. – 282 с.
184. *Трутьень В. В.* Встановлювання іноземного права в міжнародному приватному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: – К.: КНУ ім. Т. Шевченка, 1996. – 26 с.
185. *Фединяк Г. С., Фединяк Л. С.* Міжнародне приватне право. – К.: Атіка, 2003. – 544 с.
186. *Федосеева Г. Ю.* Международное частное право. – М., 1999. – 296 с.
187. *Фенеи Т.* Закон об оффшорных трастах 1988 года // <http://offshoredir.ru/evropa/Malta-Zakon-ob-offshornyh-trastah-1988-goda>.
188. *Фоунк Д. Л. Е.* Багамские острова. Международные коммерческие компании (IBC) // <http://offshoredir.ru/akariby/bagamskie-ostrova-mezhdunarodnye-kommercheskie-kompanii-ibc>.
189. *Фукуяма Ф.* Доверие: социальные добродетели и путь к процветанию. – М.: АСТ: АСТ МОСКВА: ХРАНИТЕЛЬ, 2006. – 730 с.
190. *Функ Я. И.* Курс внешнеторгового права: основные внешнеторговые сделки/Я. И. Функ, Д. А. Калимов, В. П. Сергеев / Под ред. Я. И. Функа. – Мн.: Изд-во деловой и учебной литературы, 2007. – 656 с.
191. *Фунтикова Н. В.* Доверительное управление по российскому законодательству и доверительная собственность по англо-американскому праву: Дис... канд. юрид. наук. – М.: Ин-т зак-ва и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2004. – 230 с.
192. *Халфина Р. О.* Общее учение о правоотношении. – М.: Юр. лит., 1974. – 340 с.
193. *Харченко Г. Г.* Довірка власність у діяльності трастових компаній та довірчих товариств. – Одеса: Астропринт, 2006. – 168 с.
194. *Харченко Г. Г.* Довірчі операції зарубіжних трастових компаній // *Право України.* – 2002. – № 4. – С. 151–154.

195. *Харченко Г. Г.* Поняття довірчої власності в системі відносин власності // *Право України.* – 2005. – № 8. – С. 32–35.
196. *Храбсков В. Г.* О концепции гражданско-правового характера отношений в международном частном праве и некоторых дискуссионных вопросах хозяйственного права // *Государство и право.* – 1997. – № 12. – С. 88–95.
197. *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х т. Т. 2. – М.: Междунар. отношения, 2000. – 512 с.
198. *Цветков И. В.* Внешнеторговые сделки: Правоприменительная практика. Практ. пособ.. – М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2001. – 136 с.
199. *Цивільне право України: Підручник. У 2-х т. Кн.1 / За ред. Дзе-ри О. В., Кузнєнцової Н. С.* – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 735 с.
200. *Чалый И.* Доверительное управление средствами в системе финансирования строительства. – Харьков: Фактор, 2007. – 400 с.
201. *Чекалин А. С., Захаров А. С.* Траст по праву Бермудских островов: общие положения и особенности // *Закон.* – 2007. – № 10. – С. 205–212.
202. *Черняк Ю. В.* Институт підсудності в міжнародному приватному праві країн Європейського Союзу та України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: Ін-т міжнародних відносин КНУ ім. Т. Шевченка, 2006. – 20 с.
203. *Черняк Ю. В.* Міжнародно-правове регулювання підсудності справ зі спорів, що виникають у сфері довірчої власності // *Вісник Академії адвокатури України.* Вип. 1. – К., 2004. – С. 51–55.
204. *Чешир Дж., Норт П.* Международное частное право / Под ред. М. М. Богуславского. – М.: Прогресс, 1982. – 496 с.
205. *Шупінська О.* Становлення інституту права власності в міжнародному приватному праві // *Право України.* – 2006. – № 7. – С. 127–130.
206. *Эзен У. Монако.* Закон № 214 и трасты // <http://offshoredir.ru/evropa/Monako-Zakon-%E2%84%96214-i-trasty>.
207. *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. Кн. 1. – М.: Изд-во ин. лит-ры, 1949. – 432 с.
208. *Яблочков Т. М.* Труды по международному частному праву. – М.: Статут, 2009. – 264 с.
209. *Яценко Т. С.* Категория шиканы в гражданском праве: история и современность. – М.: Статут, 2003. – 157 с.
210. *Chambers R.* Liability // *Birks P., Pretto A.* Breach of trust. Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing, 2002. – 405 p.
211. *Dickinson A.* In the UE, we trust? A new European framework for jurisdiction and judgments. *Trusts & Trustees*, Vol. 17, No 4, May 2011. – P. 280–289.
212. *Gillies P.* Business law, Sydney, Federation Press, Edition: 12, 2004. – 1056 p.
213. *Glasson J., Thomas G.* The International Trust. Edition: 2, Jordans, 2006. – 931 p.
214. Hague Conference on Private International Law. Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial

Matters, adopted by the Special Commission and Report by Nygh P., Pocar F. Preliminary Document No 11 of August 2000. – 128 p.

215. *Harris J.* The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues. Hart Publishing, 2002. – 529 p.

216. *Hayton D.* A Review of Current Trust Law Issues. P. 1 // [www.caribbean-courtsofjustice.org/speeches/hayton/ReviewOfCurrentTrustLaw.pdf](http://www.caribbean-courtsofjustice.org/speeches/hayton/ReviewOfCurrentTrustLaw.pdf).

217. *Hayton D.* Jurisdiction over trust disputes under Article 5 (6) // *Trusts & Trustees* 2008 14 (6). – P. 384–391.

218. *Hayton D.* The Hague Convention on the Law Applicable to the Trust and on Their Recognition // *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 36. No 2 (April 1987). – P. 260–282.

219. *Hendrickson R. A., Silverman N. R.* Changing the Situs of a Trust. Law Journal Press, 1982. – 624 p.

220. *Kodilinye G.* The Hague Convention on the Law Applicable to the Trust and on Their Recognition: Implementation in Italy // *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 43. (July 1994). – P. 654–661.

221. *Loughlin P. J.* The Domestication Of The Trust: Bridging The Gap Between Common And Civil Law // [www.jurisconsultsgroup.com/trusts.htm](http://www.jurisconsultsgroup.com/trusts.htm).

222. *Longstreth B.* Modern Investment Management and the Prudent Man Rule. Oxford University Press US, 1986. – 275 p.

223. *Matthews P.* Fiducia and The Hague Trusts Convention: The New Luxembourg Law // <http://shelburne.butterworths.co.uk/truststaxestates/articles/data-item.asp?ID=41709&tid=7>.

224. *Moffat G., Bean G., Dewar J.* Trusts Law: Text and Materials. Cambridge University Press, 2005. – 1098 p.

225. *Monty P. Gregor.* Trust Operations, American Bankers Association, Kogan Page Publishers, 2001. – 312 p.

226. *O'Brien J., Smith R.* Conflict of Laws. Routledge, Cavendish Publishing Limited, 1999. – 652 p.

227. *Radley-Gardner Oliver, Beale H. G., Zimmermann R., Schulze R.* Fundamental Texts on European Private Law. Hart Publishing, 2003. – 524 p.

228. *Ramjohn M.* Cases & Materials on Trusts. Routledge Cavendish, 2004. – 677 p.

229. Re Estate of Feinberg // [www.state.il.us/court/Opinions/Appellate-Court/2008/1stDistrict/June/1062823.pdf](http://www.state.il.us/court/Opinions/Appellate-Court/2008/1stDistrict/June/1062823.pdf).

230. *Ross D. Tunnickliffe.* Offshore Trusts: Tax Rules & Trust Concepts. CCH Canadian Limited, 2003. – 269 p.

231. *Schoenblum J. A.* Multistate and Multinational Estate Planning. 2008 Edition. Volume I. CCH. Wolters Kluwer Business, 2007. – 2632 p.

232. The Law of Trusts: A Contextual Approach / Editors Gillen M. R., Woodman F. et al., Edition: 2. Emond Montgomery Publication, 2008. – 987 p.

233. The Trident Practical Guide to International Trusts. Chancellor Publications Limited, 2004. – 436 p.



234. Trust's no-contest clause doesn't violate public policy, California Court of Appeals says // Lawyers USA. 20.11.2006 // [http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary\\_0286-26925279\\_ITM](http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-26925279_ITM).

235. *Ubertazzi B.* The Trust in Spanish and Italian Private International Law Part I. Trusts & Trustees. 2006, 12 (10). – P. 14–19.

236. *Ubertazzi B.* The Trust in Spanish and Italian Private International Law Part II. Trusts & Trustees Advance Access published online on February 16, 2007. – P. 7–13.

# ДОДАТКИ

## ДОДАТОК 1

### КОНВЕНЦІЯ ПРО ПРАВО, ЩО ЗАСТОСОВУЄТЬСЯ ДО ТРАСТІВ, ТА ПРО ЇХ ВИЗНАННЯ<sup>374</sup> (1 липня 1985 року)

Держави, що підписали цю Конвенцію,

Враховуючи, що траст, розвинутий у судах системи права справедливості в юрисдикціях загального права та прийнятий з деякими модифікаціями в інших юрисдикціях, є унікальним правовим інститутом,

Бажаючи встановити загальні положення про право, що застосовується до трастів, та вирішити найбільш важливі питання, пов'язані з визнанням трастів, вирішили укласти з цією метою Конвенцію та домовилися про нижченаведені положення:

#### ГЛАВА I – СФЕРА ДІЇ КОНВЕНЦІЇ

##### Стаття 1

Ця Конвенція визначає право, яке застосовується до трастів та регулює їх визнання.

##### Стаття 2

Для цілей цієї Конвенції термін «траст» означає правовідносини, створені *inter vivos* (за життя) або посмертно особою, засновником, коли майно було передано під контроль довірчого власника на користь бенефіціарія або для встановленої мети.

Траст має наступні особливості –

а) майно становить відокремлений капітал та не є частиною власності довірчого власника;

б) право на майно трасту належить довірчому власнику чи іншій особі, що виступає від імені довірчого власника;

с) довірчий власник має право та обов'язок, по відношенню до якого він несе відповідальність, управляти, використовувати та розпоряджатися май-

<sup>374</sup> У даній роботі наведені неофіційні переклади міжнародних нормативно-правових актів українською мовою.

ном відповідно до умов трасту та покладених на нього законом спеціальних обов'язків.

Збереження за засновником певних прав та повноважень, а також той факт, що довірчий власник сам може мати права бенефіціарія, не обов'язково суперечить існуванню трасту.

### **Стаття 3**

Конвенція застосовується лише до трастів, заснованих добровільно та засвідчених у письмовій формі.

### **Стаття 4**

Конвенція не застосовується до попередніх питань, що стосуються дійсності заповітів або інших правочинів, на підставі яких майно переходить до довірчого власника.

### **Стаття 5**

Конвенція не застосовується у випадку, якщо право, закріплене у Главі II, не передбачає трастів або категорій, пов'язаних із трастами.

## **ГЛАВА II – ПРАВО, ЩО ЗАСТОСОВУЄТЬСЯ**

### **Стаття 6**

Траст регулюється правом, яке було обране засновником. Вибір повинен бути явно виражений або впливати з умов документа, що створює або письмово засвідчує траст, та тлумачиться, за необхідності, відповідно до обставин справи.

Якщо право, обране відповідно до попереднього пункту, не передбачає трастів або категорій, пов'язаних із трастами, то вибір права є недійсним і застосовується право, визначене статтею 7.

### **Стаття 7**

У випадку, якщо не було обрано право, що застосовується, то управління трастом здійснюється відповідно до права, з яким траст найбільш тісно пов'язаний.

Встановлюючи право, з яким траст найбільш тісно пов'язаний, потрібно посилатись, зокрема, на –

- a) місце управління трастом, визначене засновником;
- b) місцезнаходження майна трасту;
- c) місце проживання або місце здійснення комерційної діяльності довірного власника;
- d) цілі трасту та місця, де вони будуть виконані.

### **Стаття 8**

Право, встановлене статтями 6 і 7, регулює дійсність трасту, його створення, майно та порядок управління трастом.

Зокрема, зазначене право регулює –

- а) призначення, відставку та відсторонення довірчих власників, здатність діяти в якості довірчого власника та передачу прав довірчого власника;
- б) розподіл прав та обов'язків довірчих власників між собою;
- в) право довірчих власників делегувати повністю або частково виконання своїх обов'язків або здійснення своїх повноважень;
- г) право довірчих власників управляти або розпоряджатися майном трасту, обтяжувати майно трасту заставою або набувати у власність нове майно;
- д) інвестиційні повноваження довірчих власників;
- е) обмеження щодо строків діяльності трасту та щодо права накопичувати прибуток з трасту;
- ж) відносини між довірчими власниками та бенефіціаріями, включаючи особисту відповідальність довірчих власників перед бенефіціаріями;
- з) зміни або припинення діяльності трасту;
- и) розподіл майна трасту;
- й) обов'язок довірчих власників звітувати за свою управлінську діяльність.

### **Стаття 9**

При застосуванні цієї Глави окремий аспект трасту, а саме питання управління, може регулюватися іншим правом.

### **Стаття 10**

Право, що застосовується до дійсності трасту, визначає можливість заміни іншим правом цього права чи права, що регулює окремий аспект трасту.

## **ГЛАВА III – ВИЗНАННЯ**

### **Стаття 11**

Трастом визнається той траст, який створений відповідно до права, визначеного попередньою Главою.

Таке визнання передбачає, як мінімум, те, що довірча власність становить відокремлений капітал, що довірчий власник може бути позивачем та відповідачем в своїй якості довірчого власника і що він може виступати або діяти в своїй якості довірчого власника перед нотаріусом або будь-якою особою, яка діє в офіційній якості.

Наскільки того вимагає або передбачає право, яке застосовується до трастів, таке визнання означає, зокрема –

- а) що особисті кредитори довірчого власника не мають ніяких регресних вимог до майна трасту;
- б) що майно трасту не становить частину майна довірчого власника при визнанні його неплатоспроможним або банкрутом;
- с) що майно трасту не становить ні частини спільної власності подружжя довірчого власника або його чоловіка/дружини, ні частини майна довірчого власника після його смерті;
- д) що майно трасту може бути витребувано, якщо довірчий власник, всупереч умовам трасту, змішав майно трасту зі своїм майном або здійснив відчуження майна трасту. Однак права та обов'язки будь-якої третьої сторони держателя майна регулюються правом, визначеним колізійними нормами за місцезнаходженням суду.

### **Стаття 12**

У разі, якщо довірчий власник бажає зареєструвати рухоме або нерухоме майно чи правовстановлюючі на нього документи, він має право, у тій мірі, в якій це не заборонено або не суперечить законодавству Держави, де відбувається реєстрація, діяти так в своїй якості довірчого власника або в інший спосіб таким чином, щоб про існування трасту було відомо.

### **Стаття 13**

Жодна Держава не зобов'язана визнавати траст, істотні складові якого, окрім вибору права, що застосовується, місця управління та звичайного місця проживання і діяльності довірчого власника, більш тісно пов'язані з Державами, які не мають інституту трасту або категорій, пов'язаних із трастами.

### **Стаття 14**

Конвенція не перешкоджає застосуванню норм права, які є більш сприятливими для визнання трасту.

## **ГЛАВА VI – ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ**

### **Стаття 15**

Конвенція не перешкоджає застосуванню положень закону, що передбачені колізійними нормами країни суду, у тій мірі, в якій добровільно не можна відступити від цих положень, що стосуються, зокрема, наступних питань –

- а) захисту неповнолітніх та недієздатних сторін;
- б) особистих та майнових наслідків вступу в шлюб;
- с) права на спадкування за заповітом або без заповіту, особливо невідчужуваних доль подружжя та родичів;
- д) передачі права власності та заставні права на майно;

- е) захисту кредиторів в справах про неплатоспроможність;
- ф) захисту, у інших відношеннях, третіх сторін, які діють добросовісно.

Якщо застосування попереднього пункту перешкоджає визнанню трасту, суд повинен спробувати досягнути цілі трасту іншими засобами.

### **Стаття 16**

Конвенція не перешкоджає застосуванню тих положень права країни суду, які повинні застосовуватися однаково до міжнародних ситуацій, незалежно від норм колізійного права.

Якщо інша держава має достатньо тісний зв'язок зі справою, тоді у виняткових випадках можуть бути застосовані норми тієї держави, яка володіє тими ж якостями, які наведені у попередньому пункті.

Будь-яка Договірна Держава шляхом застереження може заявити, що вона не буде застосовувати другий пункт цієї статті.

### **Стаття 17**

У Конвенції термін «право» означає норми чинного законодавства держави, виключаючи колізійні норми.

### **Стаття 18**

Положення Конвенції можна не враховувати у випадку, якщо їх застосування очевидно суперечить публічному порядку («ordre public»).

### **Стаття 19**

Ніщо у Конвенції не перешкоджає повноваженням Держав у фінансових справах.

### **Стаття 20**

Будь-яка Договірна Держава може у будь-який час заявити, що положення Конвенції поширюються на трасти, визнані судовими рішеннями.

Ця заява повідомляється Міністерству закордонних справ Королівства Нідерланди та набирає чинності у день, коли її буде отримано.

Стаття 31 може бути застосована до відкликання цієї заяви таким же чином, яким вона застосовується до денонсації Конвенції.

### **Стаття 21**

Будь-яка Договірна Держава може залишити за собою право застосовувати положення Глави III лише до трастів, дійсність яких регулюється правом відповідної держави.

### **Стаття 22**

Конвенція застосовується до трастів незалежно від дати, коли вони були створені.

Однак, Договірна Держава може залишити за собою право не застосовувати Конвенцію до трастів, створених до дати набрання чинності Конвенції для цієї Держави.

### **Стаття 23**

З метою визначення права, що застосовується відповідно до Конвенції, у випадках, коли держава об'єднує кілька територіальних одиниць, кожна з яких має власні правові норми стосовно трастів, будь-яке посилання на законодавство цієї Держави тлумачиться як посилання на чинне законодавство відповідної територіальної одиниці.

### **Стаття 24**

Держава, у межах якої різні територіальні одиниці мають власні норми права стосовно трастів, не зобов'язана застосовувати положення Конвенції до колізій виключно між нормами таких одиниць.

### **Стаття 25**

Конвенція не впливає на будь-який інший міжнародний документ, стороною якого є або стає Договірна Держава та який містить положення з питань, що регулюються цією Конвенцією.

## **ГЛАВА VII – ПРИКІНЦЕВІ ПОЛОЖЕННЯ**

### **Стаття 26**

Будь-яка Держава може під час підписання, ратифікації, прийняття, схвалення або приєднання чи при подачі заяви відповідно до статті 29, зробити застереження, передбачені статтями 16, 21 та 22.

Жодні інші застереження не дозволяються.

Будь-яка Договірна Держава може в будь-який час відкликати своє застереження; застереження перестає діяти в перший день третього календарного місяця після повідомлення про відкликання застереження.

### **Стаття 27**

Конвенція відкрита для підписання Державами, що були членами Гаазької Конференції міжнародного приватного права під час її П'ятнадцятої сесії.

Вона підлягає ратифікації, прийняттю або схваленню; документи про ратифікацію, прийняття або схвалення передаються на зберігання до Міністерства закордонних справ Королівства Нідерланди.



### Стаття 28

Відповідно до пункту першого статті 30 будь-яка інша Держава може приєднатися до Конвенції після набуття нею чинності.

Документ про приєднання передається на зберігання до Міністерства закордонних справ Королівства Нідерланди.

Приєднання є дійсним лише у відносинах між Державою, що приєднується, і тими Договірними Державами, які не висунули заперечень проти її приєднання протягом дванадцяти місяців після одержання повідомлення, про яке йдеться в статті 32. Таке заперечення також може бути висунуте державами під час ратифікації, прийняття або схвалення Конвенції після приєднання. Будь-яке подібне заперечення передається на зберігання до Міністерства закордонних справ Королівства Нідерланди.

### Стаття 29

Якщо Держава має дві чи більш ніж дві територіальні одиниці, в яких застосовуються різні системи права, вона може під час підписання, ратифікації, прийняття, схвалення або приєднання заявити, що дія цієї Конвенції поширюється на всі її територіальні одиниці або тільки на одну чи більш ніж одну з них, та може змінити цю заяву шляхом подання іншої заяви будь-коли.

Будь-яка така заява передається на зберігання до Міністерства закордонних справ Королівства Нідерланди, і в ній точно зазначаються територіальні одиниці, до яких застосовується Конвенція.

Якщо Держава не робить заяви, передбаченої цією статтею, то Конвенція поширюється на всі територіальні одиниці цієї Держави.

### Стаття 30

Конвенція набирає чинності в перший день третього місяця після здачі на зберігання третьої ратифікаційної грамоти або документа про прийняття чи схвалення, про які йдеться в статті 27.

У подальшому Конвенція набирає чинності –

а) для кожної Держави, яка пізніше ратифікує, приймає чи схвалює її, – у перший день третього місяця після здачі на зберігання її ратифікаційної грамоти або документа про прийняття чи схвалення;

б) для кожної Держави, що приєднується, – у перший день третього місяця після закінчення строку, про який йдеться в статті 28;

с) для територіальної одиниці, на яку дію Конвенції було поширено згідно зі статтею 29, – у перший день третього місяця після повідомлення, зазначеного у згаданій статті.

### **Стаття 31**

Будь-яка Договірна Держава може денонсувати цю Конвенцію шляхом надіслання письмового повідомлення Міністерству закордонних справ Королівства Нідерланди, яке є депозитарієм Конвенції.

Денонсація набирає чинності в перший день місяця, що настає після закінчення шести місяців після одержання повідомлення депозитарієм, або через такий більш пізній строк, як зазначено у повідомленні.

### **Стаття 32**

Міністерство закордонних справ Королівства Нідерланди повідомляє Державам-членам Конференції та Державам, які приєдналися згідно зі статтею 28, про таке –

- а) підписання та ратифікації, прийняття чи схвалення, про які йдеться в статті 27;
- б) дату набрання чинності Конвенцією згідно зі статтею 30;
- в) приєднання та заперечення проти приєднань, зазначені в статті 28;
- г) призначення, про які йдеться в статті 29;
- д) заяви, про які йдеться в статті 20;
- е) застереження чи відкликання, про які йдеться в статті 26;
- ж) денонсації, про які йдеться в статті 31.

На посвідчення чого ті, що підписалися нижче, належним чином на те повноважені, підписали цю Конвенцію.

Учинено в Гаазі 01 липня 1985 року англійською та французькою мовами, причому обидва тексти є рівноавтентичні, в одному примірнику, який передається на зберігання до архіву Уряду Королівства Нідерландів і засвідчені копії якого будуть надіслані дипломатичними каналами кожній Державі, яка була членом Гаазької конференції з міжнародного приватного права під час проведення її п'ятнадцятої сесії.

## **ДОДАТОК 2**

### **РЕГЛАМЕНТ РАДИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ПРО ЮРИСДИКЦІЮ, ВИЗНАННЯ І ПРИМУСОВЕ ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ З ЦИВІЛЬНИХ І ТОРГОВИХ СПРАВ № 44/2001 від 22 грудня 2000 року**

РАДА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ,

Беручи до уваги Договір про заснування Європейського співтовариства, зокрема, положення Статей 61 (с) і 67 (1) Договору,

Беручи до уваги пропозицію Комісії,

Беручи до уваги точку зору Європейського парламенту,

Беручи до уваги точку зору Економічного та Соціального комітетів, враховуючи, що

(1) Європейське Співтовариство поставило перед собою завдання створення і розвитку регіону свободи, безпеки і справедливості, в якому гарантована свобода пересування громадян. Для досягнення поставленого завдання необхідно вжити, серед іншого, заходів, які стосуються правового співробітництва у цивільних справах, яке необхідне для стійкого функціонування внутрішнього ринку.

(2) Окремі відмінності між національними правилами, що регулюють юрисдикцію та визнання судових рішень, ускладнюють стійке функціонування внутрішнього ринку. У зв'язку із цим встановлювані даним Регламентом положення щодо уніфікації правил спірної юрисдикції з цивільних та торгових справ, а також щодо спрощення процедурних формальностей з метою прискорення та полегшення процедури визнання та виконання судових рішень Держав-членів, які є учасниками даного Регламенту, є необхідними.

(3) Вказані завдання перебувають у рамках системи дій щодо співробітництва у цивільно-правовій сфері відповідно до Статті 65 Договору про створення Європейського Співтовариства.

(4) У відповідності до принципів субсидіарності та пропорційності, встановлених Статтею 5 Договору про створення Європейського Співтовариства, оскільки цілей, поставлених даним Регламентом, Держави-члени не можуть досягнути самостійно, ці цілі будуть швидше досягнуті зусиллями всього Європейського Співтовариства. Даний Регламент обмежується необхідним мінімумом заходів для досягнення зазначених цілей і не виходить за межі необхідних заходів.

(5) 27 вересня 1968 року Держави-члени, керуючись четвертим абзацом Статті 293 Договору про створення Європейського Співтовариства, уклали Брюссельську конвенцію про юрисдикцію та примусове виконання судових рішень з цивільних та торгових справ (з доповненнями, внесеними у зв'язку з приєднанням до Конвенції нових Держав-членів, далі по тексту – Брюссельська конвенція). 16 вересня 1988 року Держави-члени та Держави ЄАВТ уклали Луганську конвенцію про юрисдикцію та примусове виконання судових рішень з цивільних та торгових справ, яка повторює текст Брюссельської конвенції 1968 року. Була проведена робота з доопрацювання текстів зазначених Конвенцій, а Рада Європи погодила зміст змінених текстів. Відповідність досягнутим результатам зазначеного доопрацювання має бути забезпечена.

(6) Для досягнення цілі вільного обороту судових рішень з цивільних та торгових справ необхідно та доцільно, щоб правила, що визначають юрисдикцію, визнання та виконання рішень, були встановлені актом Ради Європи, який є обов'язковим та має пряму дію.

(7) Даний Регламент повинен охоплювати усі найважливіші цивільні та торгові питання, за винятком окремо обумовлених питань.

(8) Повинен існувати зв'язок між процедурами, до яких застосовується Регламент, та територією Держав-членів, які є учасниками цього Регламенту. Відповідно, загальні правила про юрисдикцію, в принципі, повинні застосовуватися у випадку, коли відповідач має постійне місцезнаходження в одній із цих Держав-членів.

(9) Відповідач, який не має постійного місцезнаходження у Державі-члені, підпорядковується внутрішнім правилам про юрисдикцію, що застосовуються на території Держави-члена, де розташований суд, а відповідач, який має постійне місцезнаходження у Державі-члені, яка не є учасницею даного Регламенту, повинен підпорядковуватися правилам про юрисдикцію, встановленим Брюссельською конвенцією.

(10) Для цілей вільного обороту судових рішень рішення, винесені у Державі-члені, яка є учасницею даного Регламенту, повинні бути визнані та виконані в іншій Державі-члені, яка не є учасницею даного Регламенту, навіть якщо боржник має постійне місцезнаходження у третій Державі.

(11) Правила про юрисдикцію мають бути достатньо передбачуваними та ґрунтуватися на принципі місцезнаходження відповідача, за винятком кількох чітко визначених випадків, коли предмет спору або воля сторін є визначальним фактором. Місцезнаходження юридичних осіб має визначатися за самостійними правилами таким чином, щоб зробити загальні норми більш прозорими та уникнути конфлікту юрисдикцій.

(12) У доповнення до критерію місцезнаходження відповідача мають бути передбачені й альтернативні підстави юрисдикції, що ґрунтуються

на тісному зв'язку справи, що розглядається, і суду або з метою забезпечення належного відправлення правосуддя.

(13) Стосовно страхування, відносин зі споживачами та трудових відносин слабшій стороні надаються більш сприятливі правила про юрисдикцію, ніж ті, що містяться у загальних нормах.

(14) Автономія волі сторін у договорі (крім договорів страхування, договорів у сфері відносин зі споживачами та трудових відносин, де допускається лише обмежена свобода у визначенні судів, що мають право розглядати справу) повинна братися до уваги, враховуючи підстави для виключної юрисдикції, встановлені даним Регламентом.

(15) В інтересах однакового відправлення правосуддя необхідно мінімізувати можливість існування конкуруючих процесів і створити впевненість у тому, що суперечливі рішення не будуть винесені у двох Державах-членах. Повинен існувати чіткий і ефективний механізм вирішення справ, що перебувають на розгляді, і взаємопов'язаних позовів, а також для уникнення проблем, що виникають з національних правових відмінностей у визначенні часових меж, у межах яких справа вважається такою, що перебуває на розгляді. Для цілей даного Регламенту ці часові рамки повинні бути визначені самостійно.

(16) Взаємна довіра відносно відправлення правосуддя у Європейському Співтоваристві дозволяє рішенням, прийнятим у Державі-члені, бути визнаним автоматично без спеціальних процедур, за винятком спірних ситуацій.

(17) Виходячи з принципу взаємної довіри, процедура виконання у Державі-члені рішення, прийнятого в іншій Державі-члені, повинна бути швидкою та ефективною. У зв'язку з цим документ про виконання рішення повинен бути оформлений безпосередньо після проведення формальної перевірки доданих документів; при цьому суд не має права за власною ініціативою застосовувати підстави для відмови у виконанні, передбачені даним Регламентом.

(18) Однак, захист прав відповідача означає, що йому повинна бути надана можливість висунення заперечень проти рішення про виконання, якщо він виявить наявність однієї з підстав для невиконання рішення. Процедури оскарження повинні бути також доступні заявнику у тому випадку, якщо у задоволенні його заяви про виконання судового рішення було відмовлено.

(19) Відповідність між Брюссельською конвенцією та даним Регламентом повинна забезпечуватися за допомогою перехідних положень. Та ж сама вимога щодо відповідності застосовується і відносно тлумачення Брюссельської конвенції, яке здійснюється Європейським Судом Справедливості, а Протокол 1971 року повинен продовжувати діяти стосовно справ, що перебувають у провадженні, після набуття чинності даним Регламентом.

(20) Великобританія та Ірландія, у відповідності до Статті 3 Протоколу про позицію Великобританії та Ірландії, що є додатком до Договору про

створення Європейського Союзу та Договору про створення Європейського Співтовариства, зробили заяви про своє бажання взяти участь у прийнятті та застосуванні даного Регламенту.

(21) Данія, у відповідності до Статей 1 і 2 Протоколу про позицію Данії, що є додатком до Договору про створення Європейського Співтовариства, не бере участі у прийнятті даного Регламенту і тому не пов'язана ним та не є предметом його виконання.

(22) Враховуючи, що Брюссельська конвенція продовжує діяти у відносинах між Данією та Державами-членами, учасниками даного Регламенту, як Конвенція, так і Протокол 1971 року продовжують застосовуватися у відносинах між Данією та Державами-членами, учасниками даного Регламенту.

(23) Брюссельська конвенція також продовжує застосовуватися у тих Державах-членах, на які вона розповсюджує свою дію і котрі виключені зі сфери дії даного Регламенту Статтею 299 Договору про створення Європейського Співтовариства.

(24) Більше того, з ціллю послідовності даний Регламент не повинен впливати на правила, що визначають юрисдикцію і визнання рішень, що містяться у спеціальних актах Європейського Співтовариства.

(25) Повага до міжнародних договорів, укладених Державами-членами, означає, що Регламент не може торкатися дії конвенцій, що регулюють спеціальні питання, сторонами яких виступають Держави-члени.

(26) Відносно основних правил, встановлених даним Регламентом, повинна бути забезпечена необхідна гнучкість з метою врахування процесуально-правових особливостей окремих Держав-членів. Окремі положення Протоколу (додаток до Брюссельської конвенції) повинні бути включені до тексту Регламенту.

(27) З метою забезпечення гармонійного переходу в окремих сферах, які були предметом регулювання особливих положень Протоколу, що є додатком до Брюссельської конвенції, даний Регламент на перехідний період встановлює положення, які враховують специфіку правового регулювання в окремих Державах-членах.

(28) Не пізніше ніж через п'ять років після набуття чинності даним Регламентом Комісія надасть звіт про його застосування, а у випадку необхідності і пропозиції щодо внесення відповідних змін.

(29) Комісія має узгодити Додатки з I по IV щодо правил національної юрисдикції, судів чи повноважних органів влади, а також відновити процедури, які доступні на основі поправок, надісланих зацікавленою Державою-членом; поправки, внесені до Додатків V та VI повинні бути прийняті відповідно до Рішення Ради від 28 червня 1999 № 1999/468/ЕС, яким визначаються процедури застосування виконавчих повноважень, наданих Комісії,

## **ПРИЙНЯЛА ДАНИЙ РЕГЛАМЕНТ:**

### **ГЛАВА I СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ**

#### **Стаття 1**

1. Регламент застосовується до цивільних та торгових справ незалежно від природи суду чи трибуналу. Він не розповсюджує свою дію на справи у сфері податкового, митного або адміністративного права.

2. Регламент не застосовується до:

(a) статусу або право-або дієздатності фізичних осіб; прав на власність, що виникають зі шлюбних відносин, заповітів або спадкування;

(b) банкрутства, позовів, що стосуються ліквідації неплатоспроможних компаній або інших юридичних осіб, правових домовленостей, угод та аналогічних справ;

(c) справ, пов'язаних із соціальним забезпеченням;

(d) арбітражу.

3. У даному Регламенті термін «Держава-член» означає Держави-члени, окрім Данії.

### **ГЛАВА II ЮРИСДИКЦІЯ**

#### **Розділ 1 Загальні положення**

#### **Стаття 2**

1. Відповідно до положень даного Регламенту до осіб, що мають постійне місцезнаходження в Державі-члені, незалежно від громадянства позов повинен бути пред'явлений у судах цієї Держави-члена.

2. Особи, що не є громадянами Держави-члена, в якій вони мають постійне місцезнаходження, підпорядковуються правилам про юрисдикцію, що застосовується до громадян цієї Держави.

#### **Стаття 3**

1. Особам, що мають постійне місцезнаходження в Державі-члені, може бути пред'явлено позов на території іншої Держави-члена лише в силу положень, що містяться у Розділах з 2 по 7 даної Глави.

2. В особливості не підлягають застосуванню відносно таких осіб внутрішньодержавні правила про юрисдикцію, що містяться у Додатку I.



#### **Стаття 4**

1. Якщо відповідач не має постійного місцезнаходження в Державі-члені, то, беручи до уваги положення Статей 22 і 23, юрисдикція судів кожної із Держави-члена повинна визначатися згідно права цієї Держави-члена.

2. Відносно такого відповідача будь-яка особа з постійним місцезнаходженням у якій-небудь Державі-члені може, незалежно від свого громадянства, нарівні із громадянами цієї Держави скористатися діючими у ній правилами про юрисдикцію, у першу чергу тими, які вказані у Додатку I.

### **Розділ 2 Спеціальна юрисдикція**

#### **Стаття 5**

До особи, яка має постійне місцезнаходження в Державі-члені, може бути пред'явлено позов в іншій Державі-члені:

1. (а) за договірним зобов'язанням – у судах за місцем виконання даного зобов'язання;

(b) для цілей даного положення та якщо угодою сторін не встановлено інше, місцем виконання зобов'язання визнається:

– у випадку продажу товарів – місце на території Держави-члена, куди за умовами договору були або повинні були бути доставлені товари;

– у випадку надання послуг – місце на території Держави-члена, де за умовами договору були або мали бути надані послуги;

(с) якщо пункт (b) не може бути застосований, застосовуються положення пункту (а);

2. у справах, що стосуються надання утримання, – у судах за постійним місцезнаходженням або звичайними місцем перебування особи, яка має право на таке утримання, або, якщо це питання має акцесорний характер у випадку позову про статус особи, у суді, який відповідно до права країни свого місцезнаходження компетентний розглядати такого роду позови, за винятком випадків, коли єдиним критерієм його юрисдикції слугує виключно громадянство однієї зі сторін спору;

3. у справах стосовно правопорушень, деліктів або квазіделіктів – у судах за місцем, де відбулася або може відбутися шкідлива подія;

4. стосовно цивільних позовів про відшкодування збитків та реституційних позовів, які виникають з дій, що призводять до кримінальних процедур, суд, який розглядає ці справи, у тій мірі, у якій цей суд відповідно до закону своєї країни має юрисдикцію приймати до розгляду цивільні позови;

5. у спорах, що виникають із діяльності філіалів, представництв або інших відділень, – у судах за місцезнаходженням цих філіалів представництв або інших відділень;

6. стосовно установника довірчої власності, довірчого власника або бенефіціара, в інтересах якого була запроваджена довірча власність, створена в силу закону, на підставі письмового документа або шляхом письмового підтвердження усної домовленості, – у судах Держави-члена за місцезнаходженням цієї довірчої власності;

7. стосовно спорів, що стосуються виплати винагороди, яка вимагається за врятування вантажу або партії товару, – у суді, в рамках юрисдикції якого відповідний вантаж або партія товару:

- (а) були арештовані з метою забезпечення такої виплати;
- (б) могли бути арештовані, якби не було надано поруки або іншої гарантії; при умові, що зазначене положення застосовується виключно у випадку, коли відповідач зацікавлений у вантажі або партії товару або був у них зацікавлений на момент врятування.

## Стаття 6

До особи, яка має постійне місцезнаходження у Державі-члені, також може бути пред'явлений позов:

1. якщо вона є одним із співвідповідачів у справі з кількома відповідачами – у судах, розташованих на території, де будь-який зі співвідповідачів має постійне місцезнаходження, при умові, якщо заявлені вимоги пов'язані настільки сильно, що їх спільний розгляд та вирішення є доцільним для уникнення винесення суперечливих рішень, які можуть виникнути внаслідок окремого розгляду;

2. якщо вона виступає в якості третьої особи у справі, що виникає з довіреності або поруки (гарантії), або у будь-якій іншій справі за участю третьої особи – у суді, що розглядає основну вимогу, крім випадків, коли ця основна вимога була пред'явлена виключно з метою ухилення від юрисдикції суду, який би був компетентний розглядати справу;

3. за зустрічним позовом, що виникає з того ж договору або що ґрунтується на тих же фактах, які були підставою для первісного позову, – у судах, де розглядається первісний позов;

4. за позовами, що виникають з договору, якщо справа може бути розглянута спільно з позовом проти того ж відповідача у правовідносинах, пов'язаних із речовими правами на нерухоме майно, – у суді Держави-члена, у якій розташоване майно.

## Стаття 7

У випадках, коли відповідно до положень даного Регламенту суд Держави-члена повноважний вирішувати справи за зобов'язаннями, що виникають з користування або управління судом, цей суд або згідно внутрішнього законодавства цієї Держави-члена будь-який інший суд, що замінює його для цих цілей, також повноважний вирішувати спори за позовами про зниження розміру таких зобов'язань.

### Розділ 3

## Юрисдикція у справах, пов'язаних зі страховою діяльністю

### Стаття 8

З питань, пов'язаних зі страховою діяльністю, юрисдикція буде визначатися згідно правил даного Розділу, без шкоди для положень Статті 4 і пункту 5 Статті 5.

### Стаття 9

1. До страховика, який має постійне місцезнаходження у Державі-члені, може бути пред'явлений позов:

(а) у судах Держави-члена його постійного місцезнаходження;

(б) в іншій Державі-члені у випадку, коли позов пред'явлений держателем полісу, застрахованою особою або бенефіціаром, – у судах за постійним місцезнаходженням позивача;

(с) якщо він є співстраховиком, – у судах Держави-члена, де розглядається справа відносно основного страховика.

2. Страховик, який має постійне місцезнаходження за межами Держави-члена, але який має філіал, представництво або інше відділення в одній із Держав-членів, у спорах, що виникають із діяльності філіалу, представництва або іншого відділення, вважається таким, що має постійне місцезнаходження у Державі-члені.

### Стаття 10

У відносинах страхування відповідальності або страхування нерухомого майна до страховика може бути пред'явлений позов також у судах за місцем заподіяння шкоди. Те ж правило застосовується і у випадку, коли рухоме і нерухоме майно застраховане за одним страховим договором і спільно зазнало непередбачуваного впливу.

### Стаття 11

1. У відносинах страхування відповідальності страховик може також, якщо закон країни суду це дозволяє, бути залученим до участі у процесі, порушеному постраждалою стороною проти застрахованої особи.

2. Статті 8, 9 і 10 повинні застосовуватися до позовів, пред'явлених постраждалою стороною безпосередньо проти страховика, якщо пред'явлення таких прямих позовів дозволено.

3. Якщо закон, яким регулюються такі прямі позови, передбачає можливість залучення до участі у процесі в якості сторони держателя полісу або застрахованої особи, юрисдикцію над ними матиме той самий суд.

### Стаття 12

1. Без шкоди для положень Статті 11 (3) страховик може пред'явити позов лише в судах Держави-члена за постійним місцезнаходженням відповідача, незалежно від того, чи є він держателем полісу, страхувальником або вигодонабувачем.

2. Положення даного Розділу не впливають на право сторони подати зустрічний позов до суду, у якому згідно положень даного Розділу розглядається первісний позов.

### Стаття 13

Відступати від положень даного Розділу допускається лише за угодою:

1. яка укладена після виникнення спору, або
2. яка дозволяє держателю полісу, страхувальнику або вигодонабувачу пред'являти позови до інших судів, ніж ті, які визначені даним Розділом, або
3. яка укладена між держателем полісу і страхувальником, при цьому обидві сторони на момент укладення договору мали постійне місцезнаходження або переважно проживали в одній і тій же самій Державі-члені, і відповідно до тексту якого юрисдикція передається судам даної Держави-члена, навіть якщо страховий випадок матиме місце за кордоном, при умові, що така угода не суперечить закону даної Держави-члена, або
4. яка укладена з держателем полісу, який не має постійного місцезнаходження у Державі-члені, крім випадків, коли страхування є обов'язковим або пов'язано зі страхуванням нерухомого майна у Державі-члені, або
5. яка стосується договору страхування, в частині, в якій вона охоплює один або декілька ризиків, вказаних у Статті 14.

### Стаття 14

На вказані нижче ризики посилається Стаття 13 (5):

1. будь-яке пошкодження або втрата:
  - (а) морських суден, споруд, розміщених недалеко від берега або у відкритому морі чи повітряних суден, що виникають із ризиків, пов'язаних з їх комерційним використанням;
  - (б) вантажів при перевезенні окрім багажу пасажирів, транзит якого складається з або включає перевезення такими морськими або повітряними суднами;
2. будь-яка відповідальність, крім відповідальності за заподіяння шкоди здоров'ю пасажирів або за втрату, пошкодження їх багажу:
  - (а) що виникає з використання або управління морськими суднами, спорудами або повітряними суднами, вказаними у пункті 1 (а), в тій мірі, в якій відносно останніх закон Держави-члена, у якій дані повітряні судна зареєстровані, не забороняє укладення угод про юрисдикцію щодо спорів, які виникають зі страхування подібних ризиків;

(b) за шкоду, завдану товарами, що перевозяться, як зазначено у пункті 1 (b).

3. будь-яка майнова шкода, пов'язана із використанням морських суден, споруд або повітряних суден, вказаних у пункті 1 (a), у тому числі шкода від фрахту або чартеру;

4. будь-який ризик або зацікавленість, пов'язані із будь-якою із перелічених у пунктах з 1 по 3 підставою;

5. незважаючи на пункти з 1 по 4, усі «значні ризики», як визначено Директивою Ради N 73/239/EEC (7), зі змінами внесеними Директивами Ради N 88/357/EEC (8) і N 90/618/EEC (9).

## **Розділ 4**

### **Юрисдикція щодо договорів зі споживачами**

#### **Стаття 15**

1. Стосовно спорів, які впливають із договору, укладеного споживачем для цілей, що не пов'язані з його торговою чи іншою професійною діяльністю, юрисдикція визначається нормами даного Розділу, без шкоди для положень Статті 4 та пункту 5 Статті 5, якщо:

(a) це договір про продаж товарів з умовою відстрочки;

(b) або це договір найму з умовою розстрочки чи про надання будь-якої іншої форми кредитування з метою фінансування продажу товарів;

(c) або у всіх інших випадках, коли контракт укладався з особою, яка здійснює свою комерційну чи іншу професійну діяльність в Державі-члені, де споживач має постійне місце проживання або, в будь-якому випадку, керує такою діяльністю в цій Державі-члені або одразу в декількох Державах, в тому числі і в Державі-члені, а договір укладений в рамках одного із таких видів діяльності.

2. У випадку укладення споживачем договору, в якому місцезнаходження іншої сторони розташоване не на території Держави-члена, але вона має філіал, представництво чи інше відділення в одній із Держав-членів, по спорах, що виникають з діяльності філіалу, представництва або відділення, ця сторона повинна розглядатися як така, що має місцезнаходження в цій Державі.

3. Положення даного Розділу не застосовуються до транспортних договорів, за виключенням тих, в ціну яких включені одночасно послуги по перевезенню та проживанню.

#### **Стаття 16**

1. Споживач може подати позов проти іншої сторони договору до суду Держави-члена за місцезнаходженням цієї сторони або до суду місця свого постійного проживання.

2. Позов стосовно споживача може бути поданий іншою стороною в договорі лише до судів Держави-члена за постійним місцем проживання споживача.

3. Положення цієї Статті не зачіпають права подання зустрічного позову до суду, у якому згідно положень даного Розділу розглядається первинний позов.

### **Стаття 17**

Відступати від положень даного Розділу допускається лише за угодою:

1. яка укладена після виникнення спору, або
2. яка дозволяє споживачу пред'являти позови до інших судів, ніж ті, які визначені даним Розділом, або

3. яка укладена між споживачем та іншою стороною у договорі, при цьому обидві сторони на момент укладення договору мали постійне місцезнаходження або переважно проживали в одній і тій же самій Державі-члені, і відповідно до тексту якого юрисдикція передається судам даної Держави-члена, при умові, що така угода не суперечить закону даної Держави-члена.

## **Розділ 5**

### **Юрисдикція щодо індивідуальних трудових договорів**

### **Стаття 18**

1. Стосовно спорів, що впливають із індивідуальних трудових договорів, юрисдикція визначається нормами даного Розділу без шкоди для положень Статті 4 та пункту 5 Статті 5.

2. У випадку укладення працівником індивідуального трудового договору з роботодавцем, місцезнаходження якого розташоване не на території Держави-члена, але у нього є філіал, представництво або інше відділення в одній із Держав-членів, по спорах, що виникають з діяльності філіалу, представництва або відділення, ця сторона повинна розглядатися як така, що має місцезнаходження в цій Державі-члені.

### **Стаття 19**

До роботодавця, який має місцезнаходження в Державі-члені, може бути подано позов:

1. в судах Держави-члена за його місцезнаходженням, або
2. в іншій Державі-члені:
  - (a) в судах за місцем звичного виконання працівником трудових функцій або за останнім місцем виконання роботи;
  - (b) якщо працівник не виконує або не виконував свою роботу в жодній державі, в судах держави, де розташовано або було розташовано основне місце діяльності роботодавця.

### **Стаття 20**

1. Роботодавець має право подати позов лише до тих судів Держави-члена, де працівник має постійне місце проживання.

2. Положення цього Розділу не зачіпають права подання зустрічного позову до суду, у якому відповідно до положень даного Розділу розглядається первинний позов.

### **Стаття 21**

Відступати від положень даного Розділу лише за угодою про юрисдикцію:

1. яка укладена після виникнення спору; або

2. яка дозволяє працівникові подати позови до інших судів, ніж ті, які визначені даним Розділом.

## **Розділ 6**

### **Виключна юрисдикція**

### **Стаття 22**

Наступні суди мають виключну юрисдикцію незалежно від критерію постійного місцезнаходження:

1. стосовно позовів, предметом яких є речові права (rights in rem) з нерухомого майна або з оренди нерухомого майна, – суди Держави-члена, у якій розташоване таке майно.

Однак, стосовно позовів, предметом яких є оренда нерухомого майна для тимчасового використання у приватних цілях на строк не більше шести послідовних місяців, також суди Держави-члена, у якій відповідач має постійне місцезнаходження, за умови що орендар є фізичною особою, а власник нерухомого майна, як і орендар, має постійне місцезнаходження в одній Державі-члені;

2. стосовно позовів, предметом яких є дійсність заснування, недійсність або припинення компаній, юридичних осіб, об'єднань фізичних чи юридичних осіб або дійсність рішень їхніх органів, – суди Держави-члена за місцезнаходженням відповідної компанії, юридичної особи або об'єднання. Для визначення такого місцезнаходження суд повинен застосовувати норми міжнародного приватного права;

3. стосовно позовів про дійсність реєстрації у державному реєстрі, – суди Держави-члена, у якій цей реєстр ведеться;

4. стосовно позовів, які стосуються реєстрації або дійсності прав з патентів, товарних знаків, промислових моделей (зразків) або інших подібних прав, які підлягають депонуванню або реєстрації, – суд Держави-члена, до якої була направлена заявка про депонування або реєстрацію, або в якій депонування або реєстрація була здійснена чи вважається такою, що була



здійснена згідно положень Акту Європейського Співтовариства або положенням міжнародної конвенції. Без шкоди для юрисдикції Європейського патентного агентства, визначеної Конвенцією про видачу патентів у Європі, підписаною у Мюнхені 5 жовтня 1973 року, суди кожної Держави-члени мають виключну юрисдикцію, незалежно від критерію постійного місцезнаходження, при розгляді позовів, пов'язаних із реєстрацією або дійсністю європейських патентів, що видаються у зазначеній Державі;

5. стосовно позовів про примусове виконання судових рішень – суди Держави-члена, у якій ці рішення повинні бути виконані.

## **Розділ 7**

### **Пророгаційні угоди (угоди про підсудність)**

#### **Стаття 23**

1. Якщо сторони, одна або кілька з яких мають постійне місцезнаходження в Державі-члені або досягли згоди про те, що суд або суди Держави-члена повинні мати юрисдикцію стосовно спорів, що виникли або можуть виникнути щодо яких-небудь конкретних правовідносин, то цей суд або ці суди мають юрисдикцію. У такому випадку юрисдикція судів вважається виключною, якщо сторони не домовляться про інше. Угода, що наділяє суд юрисдикцією, повинна бути укладена:

(a) у письмовому вигляді або письмово підтверджена:

(b) або у формі, яка відповідає усталеній практиці взаємовідносин між сторонами;

(c) або у сфері міжнародної торгівлі у формі, яка відповідає звичаю, про який сторони знають або мають знати або який є загальноновизнаним та таким, якого постійно дотримуються учасники угод у цьому конкретному виді торгівлі.

2. Будь-який вид комунікацій із використанням електронних засобів зв'язку, який дозволяє отримати стійкий запис домовленості, прирівнюється до письмової форми.

3. Якщо угода укладена сторонами, які не мають постійного місцезнаходження у Державі-члені, суди інших Держав-членів не мають юрисдикції вирішувати спори між цими сторонами, за винятком випадків, коли суд або суди, обрані сторонами, заявили про відсутність у них юрисдикції.

4. Суд або суди Держави-члена, компетентні згідно актів про довірчу власність, мають виключну юрисдикцію розглядати позови до установника довірчої власності, самого довірчого власника та бенефіціарія, якщо предмет позову є правовідносини між цими особами або їхні права і обов'язки, що впливають з довірчої власності.

5. Домовленості або положення актів про довірчу власність, які надають юрисдикцію, не мають юридичної сили, якщо вони суперечать положенням

Статей 13, 17 або 21, або якщо суди, юрисдикцію яких вони намагаються виключити, мають виключну юрисдикцію згідно Статті 22.

### **Стаття 24**

Окрім юрисдикції, яка впливає з інших положень Регламенту, суд Держави-члена, до якого з'явився відповідач, має юрисдикцію. Це правило не застосовується тоді, коли явка була зареєстрована виключно для оспорування юрисдикції або коли інший суд має виключну юрисдикцію згідно Статті 22.

## **Розділ 8**

### **Перевірка підсудності та допустимості судового розгляду**

### **Стаття 25**

Якщо позов пред'являється до суду Держави-члена і при цьому він тісно пов'язаний зі спором, щодо якого суди іншої Держави-члена мають виключну юрисдикцію згідно Статті 22, то цей суд повинен за власною ініціативою оголосити, що він не має юрисдикції.

### **Стаття 26**

1. Якщо відповідач має постійне місцезнаходження в одній Державі-члені, а позов проти нього подається до суду іншої Держави-члена, і він не з'являється до суду, то суд повинен за власною ініціативою оголосити, що у нього немає юрисдикції у даному спорі, якщо тільки юрисдикція не виникає з положень даного Регламенту.

2. Суд зупиняє провадження у справі до тих пір, поки не буде встановлено, що відповідач мав можливість отримати документ про порушення провадження у справі або еквівалентний йому документ у достатній строк, у який він міг би організувати захист, або що були вжиті всі необхідні заходи з цією метою.

3. Стаття 19 Регламенту Ради (ЕС) N 1348/2000 від 29 травня 2000 року про обіг у Державах-членах судових і несудових документів у цивільних і торгових справах повинна застосовуватися замість положень пункту 2 у тому випадку, коли документ про порушення провадження у справі або еквівалентний йому документ мав бути переданий з однієї Держави-члена до іншої згідно положень даного Регламенту.

4. У випадку, якщо положення Регламенту (ЕС) N 1348/2000 не застосовуються, застосовується Стаття 15 Гаазької конвенції від 15 листопада 1965 року про вручення за кордоном судових і несудових документів у цивільних і торгових справах, якщо документ про порушення провадження у справі або еквівалентний йому документ мав бути переданий згідно вказаної Конвенції.

## Розділ 9

### Позови, що перебувають на розгляді, та взаємопов'язані позови

#### Стаття 27

1. Якщо позови були пред'явлені з одних і тих же підстав, між тими ж сторонами до судів різних Держав-членів, то будь-який суд, крім того, який першим прийняв справу до провадження, за власною ініціативою зупиняє провадження у справі до тих пір, поки не буде встановлена юрисдикція суду, який прийняв позов до розгляду першим.

2. Як тільки буде встановлена юрисдикція суду, який першим прийняв справу до провадження, будь-який інший суд відмовляється від своєї юрисдикції на користь першого.

#### Стаття 28

1. Якщо позови, які є взаємопов'язаними, розглядаються у судах різних Держав-членів, будь-який суд, крім того, який першим прийняв справу до провадження, може зупинити розгляд справи.

2. При розгляді справи у першій інстанції будь-який суд, крім того, який першим прийняв справу до провадження, може також на прохання однієї зі сторін відмовитися від своєї юрисдикції, якщо суд, який першим прийняв справу до провадження, має юрисдикцію відносно зазначених позовів та якщо його право дозволяє їх об'єднання.

3. Для цілей даної Статті позови розглядаються як взаємопов'язані (родинні), якщо вони настільки тісно пов'язані, що їх доцільно розглядати разом для уникнення ризику винесення суперечливих рішень, які можуть виникнути внаслідок окремого розгляду.

#### Стаття 29

Якщо кілька судів мають виключну юрисдикцію, справу розглядає суд, який першим прийняв справу до провадження, а інші відмовляються від своєї юрисдикції на його користь.

#### Стаття 30

Для цілей даного Розділу суд вважається таким, що прийняв справу:

1. у момент, коли документ, ініціюючий провадження, або еквівалентний йому документ зареєстрований у суді, при умові, що у подальшому позивач жив обов'язкових заходів щодо доставки документів відповідачу, або

2. якщо документ має бути відправлений відповідачу до реєстрації у суді, в момент отримання документа органом, відповідальним за доставку, при умові, що у подальшому позивач вжив заходів, необхідних для реєстрації справи у суді.

## **Розділ 10**

### **Попередні заходи, включаючи охоронні**

#### **Стаття 31**

Клопотання може бути подано до судів Держави-члена з метою вжиття попередніх, у тому числі, охоронних заходів, якщо вони допускаються згідно права цієї Держави, навіть якщо у відповідності до даного Регламенту суди іншої Держави-члена мають юрисдикцію стосовно суті спору.

## **ГЛАВА III**

### **ВИЗНАННЯ ТА ПРИМУСОВЕ ВИКОНАННЯ**

#### **Стаття 32**

Для цілей даного Регламенту термін «судове рішення» означає будь-яке рішення суду або трибуналу Держави-члена, як би воно не називалося, у тому числі, наказ, розпорядження, ухвала або виконавчий лист, так і визначення службовцем суду судових зборів або витрат.

## **Розділ 1**

### **Визнання**

#### **Стаття 33**

1. Судове рішення, прийняте в Державі-члені, визнається в інших Державах-членах без звернення до будь-яких процедур.

2. Будь-яка зацікавлена сторона, яка порушує питання про визнання судового рішення у якості основного параметру спору, може відповідно до процедур, передбачених у Розділі 2 і 3 даної Глави, просити про винесення рішення про визнання.

3. Якщо результат позову, який розглядається у суді однієї Держави-члена, залежить від рішення попереднього питання про визнання, то цей суд компетентний вирішити дане питання про визнання.

#### **Стаття 34**

Судове рішення не підлягає визнанню:

1. якщо визнання явно суперечить публічному порядку Держави-члена, в якій визнається таке рішення;

2. якщо воно було прийнято за відсутності відповідача, якому офіційне повідомлення про порушення провадження у справі або еквівалентний йому документ не був вручений належним чином або був вручений несвоєчасно, так що він був позбавлений можливості організувати свій захист, крім випад-

ків, коли відповідач не вжив можливих заходів для оскарження винесеного рішення, якщо він мав можливість це зробити;

3. якщо воно суперечить судовому рішення, винесеному у спорі між тими ж сторонами у Державі-члені, в якій вимагається визнання;

4. якщо судові рішення суперечить рішення, раніше прийнятому в іншій Державі-члені або у третій Державі з тих же підстав позову і між тими ж сторонами за умови, що попереднє рішення відповідає умовам, необхідним для визнання у Державі-члені, у якій визнається таке рішення.

### **Стаття 35**

1. Крім того, судові рішення не визнається, якщо воно суперечить положенням Розділів 3, 4 або 6 Глави II або у випадку, передбаченому Статтею 72.

2. При перевірці підстав юрисдикції, вказаних у попередньому параграфі, встановлені фактичні обставини, на яких базувалась юрисдикція суду Держави-члена, є обов'язковими для суду або органу влади, до якого звертаються.

3. Згідно пункту 1 юрисдикція суду Держави-члена, який виніс рішення, не може бути переглянута. Критерій про публічний порядок, що міститься у пункті 1 Статті 34, не може бути застосований до норм, що регулюють юрисдикцію.

### **Стаття 36**

За жодних обставин іноземне судові рішення не може підлягати перегляду по суті.

### **Стаття 37**

1. Суд Держави-члена, у якій вимагається визнання судового рішення, прийнятого в іншій Державі-члені, може зупинити розгляд справи, якщо проти судового рішення було подано звичайну апеляцію.

2. Суд Держави-члена, у якій вимагається визнання судового рішення, прийнятого в Ірландії чи Великобританії, може зупинити розгляд справи, якщо примусове виконання цього рішення у Державі, яка його прийняла, зупинено з причин подання апеляційної скарги.

## **Розділ 2**

### **Примусове виконання**

### **Стаття 38**

1. Судові рішення, винесене у Державі-члені і яке підлягає там виконанню на законній підставі, повинно бути виконано в іншій Державі-члені, якщо воно за клопотанням будь-якої зацікавленої сторони було визнано таким, що підлягає примусовому виконанню у цій Державі-члені.

2. Однак, у Великобританії таке судове рішення підлягає примусовому виконанню в Англії, Уельсі, у Шотландії або Північній Ірландії, якщо за клопотанням зацікавленої сторони воно було зареєстровано з метою примусового виконання у відповідній частині Великобританії.

### **Стаття 39**

1. Клопотання повинно бути направлено до суду або до компетентного органу, які вказані у Додатку II.

2. Юрисдикція місцевих судів визначається згідно постійного місцезнаходження сторони, відносно якої вимагається примусове виконання, або за місцем виконання даного судового рішення.

### **Стаття 40**

1. Процедура подання клопотання повинна визначатися за правом Держави-члена, у якій вимагається примусове виконання судового рішення.

2. Заявник клопотання повинен повідомити адресу вручення судового документа. Ця адреса повинна перебувати у межах сфери дії юрисдикції суду, до якого він звернувся. Однак, якщо право Держави-члена, у якій вимагається примусове виконання відповідного судового рішення, не передбачає надання інформації про таку адресу, заявник клопотання повинен призначити свого представника для цілей судочинства (*ad item*).

3. До клопотання повинні бути додані документи, вказані у Статті 53.

### **Стаття 41**

Суд, до якого звернулися із клопотанням, повинен негайно прийняти рішення про примусове виконання після дотримання формальностей, передбачених Статтею 53, без будь-якої перевірки за підставами, викладеними у Статтях 34 і 35. Сторона, відносно якої вимагається примусове виконання судового рішення, на даній стадії не має права робити будь-які заяви.

### **Стаття 42**

1. Рішення про застосування заяви про виконання негайно доводиться до відома заявника згідно процедури, встановленої законом Держави-члена, у якій вимагається примусове виконання.

2. Постанова, яка дозволяє примусове виконання, повинна бути направлена стороні, проти якої вимагається примусове виконання, з додаванням рішення, якщо раніше воно їй не направлялося.

### **Стаття 43**

1. Апеляція проти постанови суду за результатами розгляду клопотання про примусове виконання судового рішення може бути подана будь-якою зі сторін.

2. Апеляція подається до суду, вказаного у Додатку III.

3. Апеляція повинна подаватися у відповідності до правил, що регулюють позовне провадження.

4. У випадку якщо сторона, проти якої вимагається примусове виконання, не присутня при розгляді апеляційним судом справи щодо поданої заявником апеляції, будуть застосовуватися положення Статті 26, частини з 2 по 4, навіть якщо сторона, проти якої вимагається примусове виконання, не має постійного місцезнаходження в жодній з Держав-членів.

5. Апеляція на постанову про примусове виконання може бути подана протягом місяця з моменту вручення відповідної постанови суду. Якщо сторона, відносно якої вимагається примусове виконання, має постійне місцезнаходження у Державі-члені іншій, ніж та, в якій видано постанову, строки подання апеляції становлять два місяці та обчислюються з моменту вручення постанови особисто або за постійним місцезнаходженням. Збільшення строків для подання апеляції не може мати місце у зв'язку з віддаленістю проживання будь-якої зі сторін.

#### **Стаття 44**

Рішення, винесене в результаті розгляду апеляції, може бути переглянуто лише в порядку апеляції, як зазначено у Додатку IV.

#### **Стаття 45**

1. Суд, який розглядає апеляцію у відповідності до положень Статей 43 і 44, має право відмінити постанову, яка дозволяє примусове виконання лише з однієї з підстав, вказаних у Статтях 34 або 35. Він повинен винести рішення негайно.

2. За жодних обставин іноземне судове рішення не може підлягати перегляду по суті.

#### **Стаття 46**

1. Суд, до якого подана апеляція, відповідно до Статті 43 або Статті 44, може за клопотанням сторони, проти якої вимагається примусове виконання, зупинити розгляд справи, якщо апеляційна скарга на судове рішення уже була подана у звичайному порядку у Державі-члені, яка прийняла дане рішення, або якщо строк для подання апеляції ще не сплив; в останньому випадку суд може вказати строк, протягом якого апеляція може бути подана.

2. Якщо судове рішення прийнято в Ірландії або Об'єднаному Королівстві, будь-яка форма подачі апеляції, що діє у Державі-члені, яка прийняла рішення, розглядається як така, що подається у звичайному порядку для цілей пункту 1.

3. Суд може також зробити примусове виконання залежним від надання визначеної ним гарантії.



### **Стаття 47**

1. Коли рішення повинно бути визнано згідно положень даного Регламенту, ніщо не перешкоджає заявнику застосування відповідно до права Держави-члена, де вимагається примусове виконання, попередніх, у тому числі охоронних заходів, без необхідності прийняття постанови про примусове виконання, передбаченої Статтею 41.

2. Постанова суду, яка дозволяє примусове виконання, повинна містити положення, які наділяють правом на проведення охоронних заходів.

3. Протягом строку, наданого для подання апеляції на постанову, яка дозволяє примусове виконання згідно Статті 43 (5), і до тих пір, поки рішення за апеляцією не прийнято, жодні заходи по примусовому виконанню судового рішення не можуть вживатися, за винятком охоронних заходів щодо майна сторони, відносно якої вимагається примусове виконання рішення.

### **Стаття 48**

1. Якщо іноземне судове рішення було винесено за декількома вимогами, і примусове виконання судового рішення не може бути дозволено відносно усіх вимог, суд або компетентний орган влади дозволяє примусове виконання за однією або кількома з них.

2. Заявник може просити примусове виконання окремих частин судового рішення.

### **Стаття 49**

Іноземне судове рішення щодо сплати періодичних платежів у вигляді штрафу, виконується у Державі-члені, в якій вимагається примусове виконання, тільки у тому випадку, якщо сума штрафу була остаточно визначена судами Держави-члена, у якій було винесено рішення.

### **Стаття 50**

Якщо заявник користувався повною або частковою правовою допомогою або звільненням від витрат у Державі-члені, в якій було винесено рішення, то він у провадженні, передбаченому даним Розділом, має право користуватися найбільш сприятливою правовою допомогою і найбільш широким звільненням від витрат, передбачених правом тієї Держави-члена, до якої він звертається.

### **Стаття 51**

Від сторони, яка в одній Державі-члені подає клопотання про примусове виконання судового рішення, прийнятого в іншій Державі-члені, не можна вимагати незалежно від назви жодної поруки, застави або гарантії на підставі того, що така особа є громадянином іншої держави, не має постійного

місцезнаходження або не є резидентом Держави, в якій вимагається примусове виконання.

### **Стаття 52**

У процесі прийняття постанови про примусове виконання жоден збір, мито або плата, що вираховується від розміру ціни позову у первісній справі, не може стягуватись у Державі-члені, у якій вимагається примусове виконання.

## **Розділ 3**

### **Загальні положення**

### **Стаття 53**

1. Сторона, яка вимагає визнання примусового виконання судового рішення, повинна надати копію судового рішення, яка відповідає умовам, які необхідні для встановлення її автентичності.

2. Сторона, яка вимагає визнання або примусового виконання судового рішення, повинна також надати сертифікат, вказаний у Статті 54, без шкоди для Статті 55.

### **Стаття 54**

Суд або компетентний орган Держави-члена, у якій було винесено судові рішення, на вимогу будь-якої із зацікавлених сторін повинен видати сертифікат, складений у відповідності до стандартної форми, передбаченої у Додатку V до даного Регламенту.

### **Стаття 55**

1. У випадку, якщо сертифікат, вказаний у Статті 54, не виданий, суд або компетентний орган може призначити час для його виготовлення або прийняти замість нього еквівалентний документ, або, якщо він вважає, що володіє достатньою інформацією, обійтися без даної процедури.

2. Переклад документів повинен бути здійснений у випадку, коли суд або компетентний орган цього вимагатиме. Переклад повинен бути здійснений сертифікованим спеціалістом однієї з Держав-членів.

### **Стаття 56**

Не потребується жодної легалізації або будь-якої іншої формальності відносно документів, вказаних у Статтях 53 або 55 (2), а також відносно документа про призначення судового представника.

## ГЛАВА IV МИРОВІ УГОДИ Й ОФІЦІЙНІ ДОКУМЕНТИ

### Стаття 57

1. Документ, який був складений офіційним органом або зареєстрований як офіційний документ і відносно якого можливе примусове виконання в одній Державі-члені, буде визнаватися в іншій Державі-члені за клопотанням, заявленим у порядку Статті 38. Суд, до якого подано апеляцію згідно положень Статей 43 або 44, має право відмінити постанову, яка дозволяє примусове виконання лише у тому випадку, якщо виконання офіційного документа явно суперечить публічному порядку Держави-члена.

2. Домовленості, що стосуються зобов'язань по наданню утримання, укладені з адміністративними органами влади або посвідчені ними, повинні також розглядатися як офіційні документи згідно положення параграфу 1.

3. Документи повинні відповідати вимогам, необхідним для встановлення автентичності у Державі-члені, в якій цей документ приймався.

4. Положення Розділу 3 Глави III застосовуються відповідно. Компетентний орган влади Держави-члена, у якій був складений або зареєстрований офіційний документ, повинен на вимогу будь-якої із зацікавлених сторін надати сертифікат, складений у відповідності до стандартної форми, передбаченої у Додатку VI до даного Регламенту.

### Стаття 58

Мирова угода, затверджена судом у процесі провадження і яка може бути примусово виконана у Державі-члені, у якій вона була укладена, примусово виконується у Державі-члені, у якій вимагається виконання згідно тих само вимог, що й офіційні документи. Суд або компетентний орган влади Держави-члена, де була затверджена мирова угода, повинен за запитом зацікавленої сторони видати сертифікат, складений у відповідності до стандартної форми, передбаченої у Додатку V до даного Регламенту.

## ГЛАВА V ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

### Стаття 59

1. Для того, щоб визначити, чи має сторона постійне місцезнаходження у Державі-члені, суди якої розглядають спір, суд застосовує своє національне право.

2. Якщо сторона не має постійного місцезнаходження у Державі-члені, суд якої розглядає справу, то суд для того, щоб визначити, чи має сторона постійне місцезнаходження в іншій Державі-члені, застосовує право тієї Держави-члена.

### **Стаття 60**

1. Для цілей даного Регламенту місцезнаходження компанії, іншої юридичної особи або об'єднання фізичних або юридичних осіб визначається за місцем, де вона має свій:

- (а) юридична адреса;
- (б) центральний орган управління;
- (с) місце основної діяльності.

2. Стосовно Об'єднаного Королівства та Ірландії термін «місце реєстрації» означає місце, де був зареєстрований офіс або, у випадку відсутності такого, місце інкорпорації, або у випадку відсутності, місце, за законодавством якого така організація була створена.

3. Для того, щоб визначити, чи знаходиться довірча власність у Державі-члені, суди якої розглядають спір, суд застосовує норми міжнародного приватного права.

### **Стаття 61**

Без шкоди для більш сприятливих положень національних законів особи, які мають постійне місцезнаходження у Державі-члені і які переслідуються у порядку кримінального судочинства в іншій Державі-члені, громадянами якої вони не є, за вчинення ненавмисного злочину, можуть мати захисника, який має достатню кваліфікацію, навіть якщо вони особисто не беруть участь у процесі. Однак, суд, який розглядає справу, може вимагати особистої присутності громадянина; у випадку його відсутності рішення, винесене у цивільній справі за відсутності особи, яке мало б можливість забезпечити свій захист, не повинно визнаватися або виконуватися в інших Державах-членах.

### **Стаття 62**

У Швеції, стосовно спрощених процедур з видачі наказу щодо стягнення грошових коштів або допомоги, термін «суд» включає у себе і «службу примусового виконання Швеції».

### **Стаття 63**

1. У разі постійного місцезнаходження на території Великого Герцогства Люксембург особа, до якої пред'явлений позов у суді іншої Держави-члена згідно Статті 5 (1), може відмовитися підпорядковуватися юрисдикції цього суду, якщо кінцевим пунктом доставки товарів або надання послуг є Люксембург.

2. У випадку, якщо згідно пункту 1 кінцевим пунктом доставки товарів або надання послуг є Люксембург, будь-яка угода, якою надається юрисдикція, щоб бути дійсною, повинна бути складена у письмовій формі або засвідчена письмово згідно положень Статті 23 (1) (а).

3. Положення даної Статті не застосовуються до договорів про надання фінансових послуг.

4. Положення даної Статті застосовуються протягом шести років з моменту набуття чинності даного Регламенту.

#### **Стаття 64**

1. У справах, які стосуються спорів між капітаном і членом екіпажу морського судна, зареєстрованого у Греції або Португалії, щодо розміру винагороди або інших умов праці, суд Держави-члена повинен встановити, чи відповідальний за судно дипломатичний або консульський представник був повідомлений про спір. Суд має право вирішити справу лише після повідомлення відповідної посадової особи.

2. Положення даної Статті застосовуються протягом шести років з моменту набуття чинності даного Регламенту.

#### **Стаття 65**

1. Правила юрисдикції, передбачені Статтею 6 (2) та Статтею 11 за позовами, що виникають з довіреності або поруки (гарантії), або у будь-яких інших справах за участю третьої особи, не можуть бути застосовані у Німеччині та Австрії. До будь-якої особи, яка має постійне місцезнаходження в іншій Державі-члені, може бути пред'явлено позов у судах:

(а) Німеччини, згідно положень Статті 68 і Статті з 72 по 74 Цивільного процесуального кодексу Німеччини, що стосуються повідомлення третіх осіб;

(б) Австрії, згідно Статті 21 Цивільного процесуального кодексу Австрії, що стосується повідомлення третіх осіб.

2. Судові рішення, винесені в інших Державах-членах згідно Статті 6 (2) чи Статті 11, повинні визнаватися і виконуватися у Німеччині та Австрії згідно правил Глави III. Будь-які наслідки винесених у цих Державах судових рішень, які можуть виникнути стосовно третіх осіб при застосуванні пункту 1, повинні також визнаватися і в інших Державах-членах.

### **ГЛАВА VI ПЕРЕХІДНІ ПОЛОЖЕННЯ**

#### **Стаття 66**

1. Положення даного Регламенту застосовуються лише до тих позовів, які були пред'явлені, і до тих офіційних документів, які були складені офіційними органами або зареєстровані в якості офіційних документів, після набуття ним чинності.

2. Однак, якщо позови пред'явлені у Державі-члені до набуття чинності даним Регламентом, судові рішення, винесені після набуття ним чинності, будуть визнаватися та виконуватися згідно положень Глави III,

(а) якщо позов у Державі-члені, де було винесено судове рішення, був пред'явлений після набуття чинності Брюссельської або Луганської конвенцій як у Державі-члені, у якій було винесено судове рішення, так і в Державі-члені, у якій вимагається визнання та примусове виконання;

(б) у всіх інших випадках, якщо юрисдикція ґрунтувалася на правилах, які відповідають тим, що викладені або у Главі II, або у Конвенції, яка діяла на момент пред'явлення позову і яка була укладена між Державою-членом, де винесено судове рішення, і Державою-членом, у якій вимагається примусове виконання.

## **ГЛАВА VII ЗВ'ЯЗОК ІЗ ІНШИМИ ДОГОВОРАМИ**

### **Стаття 67**

Даний Регламент не зачіпає застосування положень, які регулюють юрисдикцію, визнання та виконання судових рішень у спеціальних сферах, які містяться в актах Європейського Співтовариства або у нормах національного законодавства, приведених у відповідність до вказаних актів.

### **Стаття 68**

1. Даний Регламент у відносинах між Державами-членами замінює Брюссельську конвенцію, крім територій Держав-членів, які охоплюються територіальною юрисдикцією вказаної Конвенції та які виключені зі сфери дії даного Регламенту згідно Статті 299 Договору про створення Європейського Співтовариства.

2. У тій частині, в якій даний Регламент замінює положення Брюссельської конвенції у відносинах між Державами-членами, будь-яке посилання на Конвенцію розуміється як посилання на цей Регламент.

### **Стаття 69**

У порядку, передбаченому Статтями 66 (2) і 70, даний Регламент у відносинах між Державами-членами замінює наступні конвенції та договори, укладені між двома та більше державами:

– Конвенція, укладена між Бельгією та Францією про юрисдикцію, дійсність і виконання судових рішень, рішень арбітражів і офіційних документів, підписана у Парижі 8 липня 1899 року,

– Конвенція, укладена між Бельгією та Нідерландами про юрисдикцію, банкрутство, дійсність і виконання судових рішень, рішень арбітражів і офіційних документів, підписана у Брюсселі 28 березня 1925 року,

– Конвенція, укладена між Францією та Італією про виконання судових рішень у цивільних і торгових справах, підписана у Римі 3 червня 1930 року,

- Конвенція, укладена між Німеччиною та Італією про визнання і виконання судових рішень у цивільних і торгових справах, підписана у Римі 9 березня 1936 року,
- Конвенція, укладена між Бельгією та Австрією про взаємне визнання і виконання судових рішень і офіційних документів, пов'язаних з виконанням зобов'язань щодо утримання, підписана у Відні 25 жовтня 1957 року,
- Конвенція, укладена між Німеччиною та Бельгією про взаємне визнання і виконання судових рішень, арбітражних рішень і офіційних документів у цивільних та торгових справах, підписана у Бонні 30 червня 1958 року,
- Конвенція, укладена між Нідерландами та Італією про визнання і виконання судових рішень у цивільних та торгових справах, підписана у Римі 17 квітня 1959 року,
- Конвенція, укладена між Німеччиною та Австрією про взаємне визнання і виконання судових рішень, угод і офіційних документів у цивільних та торгових справах, підписана у Відні 6 червня 1959 року,
- Конвенція, укладена між Бельгією та Австрією про взаємне визнання і виконання судових рішень, арбітражних рішень і офіційних документів у цивільних та торгових справах, підписана у Відні 16 червня 1959 року,
- Конвенція, укладена між Грецією та Німеччиною про взаємне визнання і виконання судових рішень, угод і офіційних документів у цивільних та торгових справах, підписана в Афінах 4 листопада 1961 року,
- Конвенція, укладена між Бельгією та Італією про визнання і виконання судових рішень й інших виконавчих документів у цивільних та торгових справах, підписана у Римі 6 квітня 1962 року,
- Конвенція, укладена між Нідерландами та Німеччиною про взаємне визнання і виконання судових рішень й інших виконавчих документів у цивільних та торгових справах, підписана у Гаазі 30 серпня 1962 року,
- Конвенція, укладена між Нідерландами та Австрією про взаємне визнання і виконання судових рішень і офіційних документів у цивільних та торгових справах, підписана у Гаазі 6 лютого 1963 року,
- Конвенція, укладена між Францією та Австрією про визнання і виконання судових рішень і офіційних документів у цивільних та торгових справах, підписана у Відні 15 липня 1966 року,
- Конвенція, укладена між Іспанією та Францією про визнання і виконання судових рішень, арбітражних рішень у цивільних та торгових справах, підписана у Парижі 28 травня 1969 року,
- Конвенція, укладена між Люксембургом та Австрією про взаємне визнання і виконання судових рішень і офіційних документів у цивільних та торгових справах, підписана у Люксембурзі 29 червня 1971 року,
- Конвенція, укладена між Італією та Австрією про визнання і виконання судових рішень у цивільних та торгових справах, юридичних угод та офіційних документів, підписана у Римі 16 листопада 1971 року,



– Конвенція, укладена між Іспанією та Італією з питань юридичної допомоги, визнання і виконання судових рішень у цивільних та торгових справах, підписана у Мадриді 22 травня 1973 року,

– Конвенція, укладена між Фінляндією, Ісландією, Норвегією, Швецією та Данією про визнання і виконання судових рішень у цивільних справах, підписана у Копенгагені 11 жовтня 1977 року,

– Конвенція, укладена між Австрією та Швецією про визнання і виконання судових рішень у цивільних справах, підписана у Стокгольмі 16 вересня 1982 року,

– Конвенція, укладена між Іспанією та Федеративною Республікою Німеччина про визнання і виконання судових рішень, угод та виконавчих офіційних документів у цивільних та торгових справах, підписана у Бонні 14 листопада 1983 року,

– Конвенція, укладена між Австрією та Іспанією про визнання і виконання судових рішень, угод і офіційних документів у цивільних та торгових справах, підписана у Відні 17 лютого 1984 року,

– Конвенція, укладена між Фінляндією та Австрією про визнання і виконання судових рішень у цивільних справах, підписана у Відні 17 лютого 1986 року,

– Договір, укладений між Бельгією, Нідерландами та Люксембургом щодо юрисдикції, банкрутства, дійсності та виконання судових рішень, арбітражних рішень і офіційних документів, підписаний у Брюсселі 24 листопада 1961 року у тій частині, у якій він продовжує діяти.

## **Стаття 70**

1. Договір та Конвенції, перелічені в Статті 69, будуть продовжувати діяти відносно питань, до яких даний Регламент не застосовуються.

2. Вони продовжують діяти стосовно винесених судових рішень та офіційних документів, які були прийняті офіційними органами або зареєстровані в якості офіційних документів до набуття чинності даного Регламенту.

## **Стаття 71**

1. Положення даного Регламенту не торкаються дійсності будь-яких конвенцій, сторонами яких є Держави-члени та предметом регулювання яких є окремі питання, що стосуються юрисдикції, визнання чи виконання судових рішень.

2. З метою однакового тлумачення пункт 1 повинен застосовуватися таким чином:

(а) даний Регламент не перешкоджає суду Держави-члена, яка є учасником конвенції щодо окремого питання, у прийнятті юрисдикції згідно зазначеної конвенції, навіть якщо відповідач має постійне місцезнаходження

в іншій Державі-члені, яка не є учасником зазначеної конвенції. При розгляді справи суд повинен у будь-якому випадку застосовувати положення Статті 26 даного Регламенту.

(б) рішення, які виносяться у Державі-члені судом, який прийняв правила юрисдикції, передбачені конвенцією щодо окремого питання, повинні визнаватися і виконуватися в інших Державах-членах згідно положень даного Регламенту.

У випадку, якщо конвенція щодо окремого питання, учасниками якої є як Держава-член, у якій було винесено рішення, так і Держава-член, у якій вимагається визнання і виконання, встановлює умови визнання або виконання судових рішень, ці умови підлягають застосуванню. У будь-якому випадку положення даного Регламенту, які стосуються процедури визнання і виконання судових рішень, можуть застосовуватися.

## **Стаття 72**

Даний Регламент не торкається дійсності угод, якими Держави-члени зобов'язались до набуття даним Регламентом чинності згідно Статті 59 Брюссельської конвенції не визнавати судові рішення, винесені, зокрема, в інших Договірних Державах зазначеної Конвенції, проти відповідачів, які мають постійне місцезнаходження або переважно проживають у третій державі, де у справах, вказаних у Статті 4 зазначеної Конвенції, рішення можуть бути винесені лише на підставі правил юрисдикції, визначених у пункті 2 Статті 3 зазначеної Конвенції.

## **ГЛАВА VIII ЗАКЛЮЧНІ ПОЛОЖЕННЯ**

## **Стаття 73**

Не пізніше ніж через п'ять років після набуття чинності даним Регламентом Комісія повинна надати Європейському Парламенту, Раді Європейського Союзу, Економічному та Соціальному Комітетам звіт про застосування даного Регламенту. Звіт повинен містити, у випадку необхідності, пропозиції щодо удосконалення Регламенту.

## **Стаття 74**

1. Держави-члени повідомляють Комісію про зміни у списках, викладених у Додатках з I по IV. Комісія повинна внести відповідні зміни у вказані Додатки.

2. Оновлення або інші зміни форм, зразки яких наведені у Додатках V та VI, повинні прийматися згідно консультативної процедури, передбаченої Статтею 75 (2).

**Стаття 75**

1. Комісії буде надаватися сприяння зі сторони Комітету.
2. У випадку відсилання до даного пункту повинні застосовуватися Статті 2 та 7 Рішення 1999/468/ЕС.
3. Комітет приймає свої правила процедури.

**Стаття 76**

Даний Регламент набуває чинності з 1 березня 2002 року.

Усі без винятку положення даного Регламенту обов'язкові та підлягають прямому застосуванню у Державах-членах згідно Договору про створення Європейського Співтовариства.

Брюссель, 22 грудня 2000 року.

## **ДОДАТОК 3**

### **БРЮССЕЛЬСЬКА КОНВЕНЦІЯ З ПИТАНЬ ПІДСУДНОСТІ ТА ПРИМУСОВОГО ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ З ЦИВІЛЬНИХ ТА ТОРГОВЕЛЬНИХ СПРАВ (27 вересня 1968 року)**

*Витяг*

#### **ГЛАВА I СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ**

**Стаття 1**

Конвенція застосовується до цивільних та торгових справ незалежно від природи суду чи трибуналу. Вона не розповсюджує свою дію на справи у сфері податкового, митного та адміністративного права.

Конвенція не застосовується до:

1. статусу або право-або дієздатності, а також законного представництва фізичних осіб, майнових прав, що виникають зі шлюбних відносин, заповітів та спадкування.
2. банкрутства, позовів, що стосуються ліквідації неплатоспроможних компаній або інших юридичних осіб, правових домовленостей, угод та аналогічних справ.

3. справ, пов'язаних із соціальним забезпеченням.
4. арбітражу.

## **ГЛАВА II ЮРИСДИКЦІЯ**

### **Розділ I. Загальні положення**

#### **Стаття 2**

Відповідно до положень даної Конвенції до осіб, що мають постійне місцезнаходження у Договірній Державі, незалежно від громадянства позов повинен бути пред'явлений у судах цієї Договірної Держави.

Особи, що не є громадянами Договірної Держави, у якій вони мають постійне місцезнаходження, підпорядковуються правилам про юрисдикцію, що застосовується до громадян цієї Держави.

#### **Стаття 3**

Особам, що мають постійне місцезнаходження у Договірній Державі, може бути пред'явлено позов на території іншої Договірної Держави лише в силу положень, що містяться у Розділах з 2–6 даної Глави.

#### **Стаття 4**

Якщо відповідач не має постійного місцезнаходження у Договірній Державі, то, беручи до уваги положення Статті 16, юрисдикція судів кожної із Договірних Держав повинна визначатися згідно права цієї Держави.

Відносно такого відповідача будь-яка особа з постійним місцезнаходженням у якій-небудь Договірній Державі може, незалежно від свого громадянства, нарівні із громадянами цієї Держави скористатися діючими у ній правилами про юрисдикцію, у першу чергу тими, які вказані у 2 параграфі Статті 3.

### **Розділ II. Спеціальна юрисдикція**

#### **Стаття 5**

Особа, що має постійне місцезнаходження у Договірній Державі, може бути відповідачем у іншій Договірній Державі:

...

6. у якості установника довірчої власності, довірчого власника або бенефіціара, в інтересах якого була запроваджена довірча власність, створена

в силу закону, на підставі письмового документа або шляхом письмового підтвердження усної домовленості, – у судах Договірної Держави за місцезнаходженням цієї довірчої власності.

### **Стаття 12**

Відступати від положень даного Розділу допускається лише за угодою:

- (1) яка укладена після виникнення спору, або
- (2) яка дозволяє держателю поліса, страхувальнику або вигодонабувачу пред'являти позови до інших судів, ніж ті, які визначені даним Розділом, або
- (3) яка укладена між держателем поліса і страхувальником, при цьому обидві сторони на момент укладення договору мали постійне місцезнаходження або переважно проживали в одній і тій же самій Договірній Державі, і відповідно до тексту якого юрисдикція передається судам даної Договірної Держави, навіть якщо страховий випадок матиме місце за кордоном, при умові, що така угода не суперечить закону даної Держави, або
- (4) яка укладена з держателем поліса, який не має постійного місцезнаходження у Договірній Державі, крім випадків, коли страхування є обов'язковим або пов'язано зі страхуванням нерухомого майна у Державі-члені, або
- (5) яка стосується договору страхування, в частині, в якій вона охоплює один або декілька ризиків, вказаних у Статті 12 А.

### **Стаття 15**

Відступати від положень даного Розділу допускається лише за угодою:

1. яка укладена після виникнення спору, або
2. яка дозволяє споживачу пред'являти позови до інших судів, ніж ті, які визначені даним Розділом, або
3. яка укладена між споживачем та іншою стороною у договорі, при цьому обидві сторони на момент укладення договору мали постійне місцезнаходження або переважно проживали в одній і тій же самій Договірній Державі, і відповідно до тексту якого юрисдикція передається судам даної Держави, при умові, що така угода не суперечить закону даної Держави.

## **Розділ V.**

### **Виключна юрисдикція**

### **Стаття 16**

Наступні суди мають виключну юрисдикцію незалежно від критерію постійного місцезнаходження:

- (1) стосовно позовів, об'єктом яких є речові права на нерухоме майно або володіння нерухомим майном (на правах оренди, найму), – суди тієї Договірної Держави, у якій розташоване таке майно...

**Розділ VI.**  
**Угоди про підсудність**

**Стаття 17**

Якщо сторони, одна або кілька з яких мають постійне місцезнаходження у Договірній Державі або досягли згоди про те, що суд або суди Договірної Держави повинні мати юрисдикцію стосовно спорів, що виникли або можуть виникнути щодо яких-небудь конкретних правовідносин, то цей суд або ці суди мають юрисдикцію. У такому випадку юрисдикція судів вважається виключною, якщо сторони не домовляться про інше. Угода, що наділяє суд юрисдикцією, повинна бути укладена у письмовому вигляді або письмово підтверджена або у сфері міжнародної торгівлі у формі, яка відповідає практиці, яка склалася у цьому виді торгівлі, про яку сторони знають або мають знати. Якщо угода укладена сторонами, які не мають постійного місцезнаходження у Договірній Державі, суди інших Договірних Держав не мають юрисдикції вирішувати спори між цими сторонами, за винятком випадків, коли суд або суди, обрані сторонами, заявили про відсутність у них юрисдикції.

Суд або суди Договірної Держави, компетентні згідно актів про довірчу власність, мають виключну юрисдикцію розглядати позови до установника довірчої власності, самого довірчого власника та бенефіціарія, якщо предмет позову є правовідносини між цими особами або їхні права і обов'язки, що впливають з довірчої власності.

Домовленості або положення актів про довірчу власність, які надають юрисдикцію, не мають юридичної сили, якщо вони суперечать положенням Статей 12 або 15, або якщо суди, юрисдикцію яких вони намагаються виключити, мають виключну юрисдикцію згідно Статті 16.

Якщо угода про юрисдикцію була укладена на користь однієї зі сторін, та сторона зберігатиме за собою право пред'являти позов у будь-який суд, який має юрисдикцію згідно положень даної Конвенції.

**Стаття 18**

Окрім юрисдикції, яка впливає з інших положень даної Конвенції, суд Договірної Держави, до якого з'явився відповідач, має юрисдикцію. Це правило не застосовується тоді, коли явка була зареєстрована виключно для оспоровання юрисдикції або коли інший суд має виключну юрисдикцію згідно Статті 16.

**Стаття 52**

Для того, щоб визначити, чи має сторона постійне місцезнаходження у Договірній Державі, суди якої розглядають спір, суд застосовує своє національне право.

Якщо сторона не має постійного місцезнаходження у Договірній Державі, суд якої розглядає справу, то суд для того, щоб визначити, чи має сторона постійне місцезнаходження в іншій Договірній Державі, застосовує право тієї Держави.

Однак, постійне місцезнаходження сторони визначається відповідно до його національного права, якщо, згідно такого права, його постійне місцезнаходження залежить від місцезнаходження іншої особи або від межі компетенції.

### **Стаття 53**

Для цілей даної Конвенції місцезнаходженням компанії або іншої юридичної особи або об'єднання фізичних або юридичних осіб визначається юридична адреса.

Для того, щоб визначити, чи знаходиться довірча власність у Договірній Державі, суди якої розглядають спір, суд застосовує норми міжнародного приватного права.

## **ДОДАТОК 4**

### **КОНВЕНЦІЯ ЛУГАНО ПРО МІЖНАРОДНУ ПІДСУДНІСТЬ ТА ВИЗНАННЯ І ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ З ЦИВІЛЬНИХ І ТОРГОВЕЛЬНИХ СПРАВ (16 вересня 1988 року)**

*Витяг*

#### **ГЛАВА І СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ**

### **Стаття 1**

Конвенція застосовується до цивільних та торгових справ незалежно від природи суду чи трибуналу. Вона не розповсюджує свою дію на справи у сфері податкового, митного та адміністративного права.

Конвенція не застосовується до:

статусу або право-або дієздатності, а також законного представництва фізичних осіб, майнових прав, що виникають зі шлюбних відносин, заповітів та спадкування.



банкрутства, позовів, що стосуються ліквідації неплатоспроможних компаній або інших юридичних осіб, правових домовленостей, угод та аналогічних справ.

справ, пов'язаних із соціальним забезпеченням.  
арбітражу.

## **ГЛАВА II ЮРИСДИКЦІЯ**

### **Розділ I. Загальні положення**

#### **Стаття 2**

Відповідно до положень даної Конвенції до осіб, що мають постійне місцезнаходження у Договірній Державі, незалежно від громадянства позов повинен бути пред'явлений у судах цієї Договірної Держави.

Особи, що не є громадянами Договірної Держави, у якій вони мають постійне місцезнаходження, підпорядковуються правилам про юрисдикцію, що застосовується до громадян цієї Держави.

#### **Стаття 3**

Особам, що мають постійне місцезнаходження у Договірній Державі, може бути пред'явлено позов на території іншої Договірної Держави лише в силу положень, що містяться у Розділах з 2–6 даної Глави.

#### **Стаття 4**

Якщо відповідач не має постійного місцезнаходження у Договірній Державі, то, беручи до уваги положення Статті 16, юрисдикція судів кожної із Договірних Держав повинна визначатися згідно права цієї Держави.

Відносно такого відповідача будь-яка особа з постійним місцезнаходженням у якій-небудь Договірній Державі може, незалежно від свого громадянства, нарівні із громадянами цієї Держави скористатися діючими у ній правилами про юрисдикцію, у першу чергу тими, які вказані у 2 параграфі Статті 3.

### **Розділ II. Спеціальна юрисдикція**

#### **Стаття 5**

Особа, що має постійне місцезнаходження у Договірній Державі, може бути відповідачем у іншій Договірній Державі:

...

6. у якості установника довірчої власності, довірчого власника або бенефіціара, в інтересах якого була запроваджена довірча власність, створена в силу закону, на підставі письмового документа або шляхом письмового підтвердження усної домовленості, – у судах Договірної Держави за місцезнаходженням цієї довірчої власності.

## **Стаття 12**

Відступати від положень даного Розділу допускається лише за угодою:

- (1) яка укладена після виникнення спору, або
- (2) яка дозволяє держателю поліса, страхувальнику або вигодонабувачу пред'являти позови до інших судів, ніж ті, які визначені даним Розділом, або
- (3) яка укладена між держателем поліса і страхувальником, при цьому обидві сторони на момент укладення договору мали постійне місцезнаходження або переважно проживали в одній і тій же самій Договірній Державі, і відповідно до тексту якого юрисдикція передається судам даної Договірної Держави, навіть якщо страховий випадок матиме місце за кордоном, при умові, що така угода не суперечить закону даної Держави, або
- (4) яка укладена з держателем поліса, який не має постійного місцезнаходження у Договірній Державі, крім випадків, коли страхування є обов'язковим або пов'язано зі страхуванням нерухомого майна у Державі-члені, або
- (5) яка стосується договору страхування, в частині, в якій вона охоплює один або декілька ризиків, вказаних у Статті 12 А.

## **Стаття 15**

Відступати від положень даного Розділу допускається лише за угодою:

1. яка укладена після виникнення спору, або
2. яка дозволяє споживачу пред'являти позови до інших судів, ніж ті, які визначені даним Розділом, або
3. яка укладена між споживачем та іншою стороною у договорі, при цьому обидві сторони на момент укладення договору мали постійне місцезнаходження або переважно проживали в одній і тій же самій Договірній Державі, і відповідно до тексту якого юрисдикція передається судам даної Держави, при умові, що така угода не суперечить закону даної Держави.

## **Розділ V. Виключна юрисдикція**

## **Стаття 16**

Наступні суди мають виключну юрисдикцію незалежно від критерію постійного місцезнаходження:

(а) стосовно позовів, об'єктом яких є речові права на нерухоме майно або володіння нерухомим майном (на правах оренди, найму), – суди тієї Договірної Держави, у якій розташоване таке майно.

(б) Однак, стосовно позовів, предметом яких є оренда нерухомого майна для тимчасового використання у приватних цілях на строк не більше шести послідовних місяців, також суди Договірної Держави, у якій відповідач має постійне місцезнаходження, за умови, що орендатор є фізичною особою, і жодна зі сторін не має постійного місцезнаходження у Договірній Державі, у якій розташоване таке майно...

## **Розділ VI.**

### **Угоди про підсудність**

#### **Стаття 17**

1. Якщо сторони, одна або кілька з яких мають постійне місцезнаходження у Договірній Державі або досягли згоди про те, що суд або суди Договірної Держави повинні мати юрисдикцію стосовно спорів, що виникли або можуть виникнути щодо яких-небудь конкретних правовідносин, то цей суд або ці суди мають юрисдикцію. У такому випадку юрисдикція судів вважається виключною, якщо сторони не домовляться про інше. Угода, що наділяє суд юрисдикцією, повинна бути укладена:

(а) у письмовому вигляді або письмово підтверджена:

(б) або у формі, яка відповідає усталеній практиці взаємовідносин між сторонами;

(с) або у сфері міжнародної торгівлі у формі, яка відповідає звичаю, про який сторони знають або мають знати або який є загальноновизнаним та таким, якого постійно дотримуються учасники угод у цьому конкретному виді торгівлі.

Якщо угода укладена сторонами, які не мають постійного місцезнаходження у Договірній Державі, суди інших Договірних Держав не мають юрисдикції вирішувати спори між цими сторонами, за винятком випадків, коли суд або суди, обрані сторонами, заявили про відсутність у них юрисдикції.

2. Суд або суди Договірної Держави, компетентні згідно актів про довірчу власність, мають виключну юрисдикцію розглядати позови до установника довірчої власності, самого довірчого власника та бенефіціарія, якщо предметом позову є правовідносини між цими особами або їхні права і обов'язки, що впливають з довірчої власності.

3. Домовленості або положення актів про довірчу власність, які надають юрисдикцію, не мають юридичної сили, якщо вони суперечать положенням Статей 12 або 15, або якщо суди, юрисдикцію яких вони намагаються виключити, мають виключну юрисдикцію згідно Статті 16.

4. Якщо угода про юрисдикцію була укладена на користь однієї зі сторін, та сторона зберігатиме за собою право пред'являти позов у будь-який суд, який має юрисдикцію згідно положень даної Конвенції.

5. У справах, що стосуються індивідуальних трудових контрактів, угода про юрисдикцію матиме законну силу, якщо вона буде укладена після виникнення спору.

### **Стаття 18**

Окрім юрисдикції, яка випливає з інших положень даної Конвенції, суд Договірної Держави, до якого з'явився відповідач, має юрисдикцію. Це правило не застосовується тоді, коли явка була зареєстрована виключно для оспорування юрисдикції або коли інший суд має виключну юрисдикцію згідно Статті 16.

### **Стаття 52**

Для того, щоб визначити, чи має сторона постійне місцезнаходження у Договірній Державі, суди якої розглядають спір, суд застосовує своє національне право.

Якщо сторона не має постійного місцезнаходження у Договірній Державі, суд якої розглядає справу, то суд для того, щоб визначити, чи має сторона постійне місцезнаходження в іншій Договірній Державі, застосовує право тієї Держави.

### **Стаття 53**

Для цілей даної Конвенції місцезнаходженням компанії або іншої юридичної особи або об'єднання фізичних або юридичних осіб визначається юридична адреса.

Для того, щоб визначити, чи знаходиться довірча власність у Договірній Державі, суди якої розглядають спір, суд застосовує норми міжнародного приватного права.

### **Стаття 54 b**

Дана Конвенція не перешкоджає застосуванню Державами – членами Європейського Співтовариства Конвенції про юрисдикцію та виконання судових рішень з цивільних та торгових справ, підписаної у Брюсселі 27 вересня 1968 року, і Протоколу про тлумачення цієї Конвенції європейським Судом Справедливості, підписаного у Люксембурзі 6 червня 1971 року, які доповнені конвенціями про приєднання до вищезгаданих Конвенції та Протоколу країн, що вступили до Європейського Співтовариства, і в подальшому посилання на ці всі Конвенції та Протокол вважається як посилання на «Брюссельську конвенцію».

Однак, у будь-якому випадку дана Конвенція застосовується до:

(а) питань щодо юрисдикції, коли відповідач має постійне місцезнаходження на території Договірної Держави, яка не є членом Європейського Співтовариства, або коли Стаття 16 або 17 даної Конвенції визначає юрисдикцію судів такої Договірної Держави;

(б) стосовно позовів *lis pendens* (що перебувають на розгляді) або пов'язаних між собою, так як це передбачено Статтями 21 або 22, коли судочинство починається у Договірній Державі, що не є членом Європейського Співтовариства, і у Договірній Державі-члені Європейського Співтовариства;

(с) питань визнання та примусового виконання, коли Держава, яка запитує, або Держава, у якій запитують, не є членом Європейського Співтовариства.

У доповнення до підстав, передбачених у Главі III, у визнанні або виконанні судового рішення може бути відмовлено, якщо підстава юрисдикції, яка дозволила винести таке рішення, відрізняється від того, що впливає з положень даної Конвенції, і визнання або виконання рішення запитується проти сторони, яка має постійне місцезнаходження у Договірній Державі, що не є членом Європейського Співтовариства, якщо у протилежному випадку судові рішення не може бути визнане або виконане згідно закону Держави, у якій запитують.

*Наукове видання*

*Онищенко Ганна Володимирівна*

# **Довірчі правовідносини з іноземним елементом**

*Монографія*

Відповідальний за випуск  
Комп'ютерна верстка  
Обкладинка

О. В. Діордійчук  
Д. М. Алексєєв  
В. С. Жиборовський

Підписано до друку 31.01.2012. Формат 60х84<sup>1/16</sup>  
Папір офсетний. Гарнітура Таймс.  
Друк офсетний. Умовн. Друк. арк. 15,58  
Тираж 500 прим.

**Видавництво «Алерта»**

04210, м. Київ, а/с 112.

Тел.: (044) 223–15–25, 223–15–30.

E-mail: [Alerta@ukr.net](mailto:Alerta@ukr.net), веб-сайт: [www.alerta.kiev.ua](http://www.alerta.kiev.ua)

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 788 від 29.01.2002